Der privatrechtliche Schutz des nasciturus.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Edwin Morenz
Referendar
aus Grana-Zeitz

ACAD. INSTITUT BERLIN

Approbiert am 20. Juli 1909.

Zeitz.
Buchdruckerei Reinhold Jubelt.
1909.

208

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Literatur-Verzeichnis.

Ahlfeld: Nasciturus.

Bendix: Deutsches Privatrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Bernhöft in „Beiträgen zur Auslegung des bürgerlichen Gesetzbuchs". 1905: Fiktionen.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1847.

Biermann: Bürgerliches Recht. 1908.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben. 1901.

Binder: Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

Boehm: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Brinz: Pandekten.

Bunsen: Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch. 1897.

Caldemeyer: Die Rechtsstellung des nasciturus (Dissertation).

Corpus juris civilis in der Ausgabe Weidemann. 1895.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1905.

Dernburg: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1875.

Dernburg: Pandekten. 1902.

Deutsche Notäriatszeitung. 1889.

Eccius: Preussisches Privatrecht. 1892.

Eck: Vorträge. 1903.

Endemann: Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft. 1898.

Enneccevus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.

v. Fabrice: Die Lehre von der Kindesabtreibung und dem Kindesmord.

Gierke: Privatrecht I.

Gruchot: Beiträge XXIX.

Hachenburg: Erbrecht. 1900.

Hachenburg: Vorträge. 1898.

Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. 1896.

Hölder: Kommentar.

Hölder: Natürliche und juristische Personen. 1905.
Ihering: Jahrbücher X.
Karlowa: bei Grünhut 15.
Kniep: Der Besitz. 1900.
Koch: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. 1886.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Leonhard: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Leske: Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuchs und des allgemeinen Landrechts. 1900.
Matthias: Das bürgerliche Recht I und II.
Mayer-Reis: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 1902.
Meyer: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs.
Mitteis: Römisches Privatrecht. 1908.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich I.
Mugdan: Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Nitzschke: Die Vitalität im Zivil- und Kriminalrecht.
Oertmann: Kommentar. 1908.
Ortloff: Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit.
Ortloff: Kind oder foetus.
Planck: Erbrecht V. 1902.
Planck: Allgemeiner Teil. 1903.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.
Puchta: Pandekten.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Stammler: Unbestimmtheit des Rechtssubjekts.
Staudinger 1906: I und V.
Strobal: Das deutsche Erbrecht. 1903.
Windscheid: Pandekten. 1900.
Zitelmann: Internationales Privatrecht. 1897.

Einteilung.

Teil I.

Der Schutz des nasciturus im positiven Recht.

A. Im römischen Recht. Seitenzahl

a. Was ist der nasciturus? . . . . . 7—9

b. Welcher materielle Schutz wird dem nasciturus zuteil?

α. im allgemeinen . . . . . 9—12

β. bei Regelung der Standesverhältnisse . . . . . 12—14

γ. im Erbrecht . . . . . 14—16

δ. im Patronatsrecht . . . . . 16—17

ε. im Obligationenrecht 17

c. Wie wird dieser durchgeführt? . . . . . 17—18

d. Oeffentlichrechtliche Schutzbestimmungen . . . . . 19—20

B. In den landesrechtlichen Kodifikationen, insonderheit im A. L. R. . . . . 20—25

C. Im B. G. B.

a. Was ist der nasciturus, sein Beginn und Ende . . 26—32

b. Welcher materielle Schutz wird dem nasciturus zuteil?

α. im Erbrecht . . . . . 32—38

β. im Obligationenrecht 38

c. Wie wird dieser durchgeführt? . . . . . 39—40

Teil II.

Die Theorie dieses Rechtschutzes.

A. Ueberblick über die diesbezüglichen Autoren.

a. Annahme wirklicher Rechte.

1. Fiktion und juristische Person . . . . . 41—42

α. v. Savigny . . . . . 42—44

β. Rudorf zu Puchta . . . . . 44—45

γ. Sturm 45

δ. Beseler 45

ε. Bunsen 45

ζ. Kohler . . . . . 45—46

2. Annahme subjektloser Rechte.
α. Windscheid . . . . . 46—47
β. Hachenburg 47
γ. Brinz . . . . . 47—48
δ. Iehring 48
ε. Leonhard . . . . . 48—49
zu a. . . . . 49—51
b. Annahme künftiger, bedingter Rechte, eines Schwebezustandes oder Ablehnung von Rechten überhaupt.
1. Gierke . . . . . 51—52
2. Endemann . . . . . 52—53
3. Eck 53
4. Kniep 53
5. Heymann . . . . . 53—54
6. Karlowa 54
7. Hölder 55
8. Biermann 55
9. Leske 55
10. Enneccerus . . . . . 55—56
11. Stammler 56
zu b (12. Oertmann) . . . . . 57—58
B. Loslösung von den bisherigen Theorieen
1. Einl. Plank, Zitelmann . . . . . 58—60
2. Begriff des subjektiven Rechts . . . . . 60—61
3. Begriff des Rechtssubjekts . . . . . 61—63
4. Die juristische Persönlichkeit des Menschen . . . . 63—65
5. Resultat für den nasciturus . . . . . 65—67
6. Analoge Resultate bei Hölder . . . . . 67—69

TEIL I.

Der Schutz des nasciturus im positiven Recht.

A. Im römischen Recht.

a. Was ist der nasciturus?

„Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ Dieser erste Paragraph des R.G.B. stimmt in seinen Grundanschauungen mit den Prinzipien des römischen Rechts überein, sie sind diesem entnommen, wenn auch das heutige Recht in dieser Hinsicht in manchen Einzelfragen wesentlich von dem Rechte Justinians abweicht und dieses ergänzt. In der Kardinalfrage aber stimmen sie überein, nur der Mensch ist rechtsfähig und Mensch wird man durch die Geburt, von hier ab erst beginnt die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten in rechtlicher Beziehung zu sein. Hieraus folgt, der Mensch vor der Geburt oder richtiger die Leibesfrucht, die geboren werden soll, der nasciturus, ist nicht rechtsfähig, er kann keine Rechte erwerben, er kann keine Rechtspflichten auf sich nehmen, er ist rechtlich nicht da. Und doch ist sicher, dass dieser nasciturus im Mutterleibe schon Monate lang vor seiner Geburt lebt, fast ebenso selbständig und nicht viel mehr unbeholfen, wie der natus in der ersten Kindszeit; es widerspräche dem menschlichen Gefühl, wollte man rechtlich von der Existenz eines solchen nasciturus nicht früher Kenntnis nehmen, als bis aus ihm ein natus geworden ist. Dem konnte sich auch das Recht nicht verschliessen und so finden wir in allen modernen und älteren Kodifikationen zivilisierter Völker Bestimmungen, welche privatrechtlich und öffentlichrechtlich auf den rechtlichen Schutz dieses werdenden Menschen, der bald in die

Reihe souveräner Rechtssubjekte eintreten soll, hinzielen. Wie bei den meisten Materien moderner Rechtsbücher war auch hier bestimmend und grundlegend der unversiegbare Born römischer Rechtskunde.

Die Grenze zu bestimmen, wann ein solcher werdender Mensch beginnt, wann er aufhört, ein nasciturus zu sein, ist nicht leicht. Man muss davon ausgehen, dass der nasciturus das noch im Mutterleibe befindliche, von Mann und Weib erzeugte Schwangerschaftsprodukt ist, welches nur durch die Konzeption zu einem solchen werden kann. Hiermit ist die Grenze nach unten gezogen, wenn auch praktisch dieser Zeitpunkt mit Genauigkeit nicht zu bestimmen ist.

Hierin kennzeichnet sich auch deutlich der Unterschied des nasciturus rom nondum conceptus. Jener etwas reales, was wirklich schon da ist, dieser etwas mögliches, ideelles, beide jedoch zukünftige Menschen. Schon dieser ideelle nondum conceptus geniesst einen gewissen rechtlichen Schutz.[1]) Im gemeinen Recht war dies sehr bestritten, überwiegend verneint wurde die Frage, ob ein solcher Erbe werden könne, dagegen überwiegend bejaht die Frage, ob er zu Vermächtnissen berufen werden könne. Im B.G.B. sind diese Fragen heute grundlegend geregelt. Hiernach kann der nondum conceptus sowohl Nacherbe als auch Vermächtnisnehmer sein, auch kann ein Versprechen der Leistung zu Gunsten eines solchen gültig abgegeben werden.

Schwieriger ist die Frage, wann hört der nasciturus auf, ein solcher zu sein, und in dieser Frage weichen die Autoren weit von einander ab. Naturgemäss lässt sie sich auch nicht für jedes Gesetz gleichartig beantworten; anders ist die Antwort des Strafrechts, anders die des Zivilrechts. Die Eigenschaft, nasciturus zu sein, hört naturgemäss auf, wenn entweder eine nicht mehr lebende Frucht sich vom Mutterleibe getrennt hat, ein Fall, der zu Streitigkeiten wenig Anlass bieten kann, oder aber wenn aus dem nasciturus ein Kind geworden ist. Wann dieses wichtige Moment eingetreten ist, das ist in verschiedenster Weise beantwortet worden. Wenn diese ganze Frage auch mehr das Strafrecht interessiert, so

[1]) Staudinger I S. 31.

muss sie doch auch bei der Behandlung zivilrechtlicher Punkte gestreift werden, weil die zivilrechlichen Kodifikationen hierin weit von einander abweichen.

Das römische Recht stellte vier Erfordernisse zur Anerkennung eines Kindes auf:[1])

1. Das Kind musste vom Mutterleibe getrennt sein, es musste ausserhalb der Mutter leben.

2. Es musste vollständig von der Mutter getrennt sein: perfecte natus ad orbem totus processit (l. 3 C. 6, 29).

3. Nur der vivus natus (a. a. O.) zum Unterschied vom abortus oder dem vor oder in der Geburt gestorbenen.

4. Das geborene durfte nicht sein: ad nullum declinans monstrum vel prodigium (l. 3 cit.), es musste menschliche Gestalt haben. Wo bei Missgeburten die Grenze zwischen Mensch und monstrum zu ziehen war, das überliess man dem Einzelfall.

b. Welcher materielle Schutz wird dem nasciturus zuteil?

α. Im allgemeinen.

Kam ein solches Kind zur Welt, so war es mit dem Dasein des nasciturus zu Ende. Das Kind war mit seinem Erscheinen rechtskräftig geworden. Bis dahin besass der nasciturus keine Rechte, er war nur rechtlich geschützt. Dieser rechtliche Schutz war schon im römischen Recht ziemlich umfangreich, so dass er zum grössten Teile, namentlich im Zivilrecht, von den Neueren übernommen werden konnte.

Wir werden sehen, dass es sich wirklich nur um einen praktischen Schutz handelte, den das Recht im Interesse des zukünftigen Bürgers und damit nicht zum wenigsten im Interesse des Staates selbst, der die Gesetze gegeben, gewährte, nicht wie man scheinbar aus den Quellen an manchen Stellen schließen kann, um eine Gleichstellung mit den Menschen, um eine Verleihung der Rechtsfähigkeit, wenn auch in natürlicher Beschränkung, an den nasciturus, den erst werdenden Menschen.

[1]) Savigny I S. 6 fg.

Dem entspricht auch, was in den Quellen klar und deutlich über die Natur des nasciturus gesagt ist.[1]) Dort heisst es: (l. 9 § 1 B 35, 2) partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Dies ist grundlegend, der partus nondum editus ist eben der nasciturus und dieser ist kein Mensch; nur der Mensch aber seit seiner Geburt ist rechtsfähig, deshalb ist es der nasciturus nicht. Dasselbe, nicht negativ (non homo) sondern positiv wird an anderer Stelle gesagt (l. § 1 D 25, 4): partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Was ist also der nasciturus? Ein Teil des Weibes. Das Weib ist Person, sie ist rechtsfähig, ein Teil desselben ist etwas materielles; nur Menschen aber können Träger von Rechten sein, der materielle Teil eines Individuums, der nasciturus, nicht.

Und doch lässt das Pandektenrecht den nicht Rechtsfähigen nicht ohne Schutz; eine Fülle von Gesetzesstellen ist seiner Fürsorge gewidmet, die in dem l. 7 D 4, 5 enthaltenen, für das ganze römische Recht massgebenden Hauptsache verallgemeinert sind: qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam aliis, antequam nascatur, nequaquam prosit. Dieser Satz ist oft falsch verstanden und deshalb als zu weit gehend bezeichnet worden. Es heisst, der nasciturus sei als geboren zu betrachten; fälschlicher Weise ist der Satz verstanden worden, als wolle er sagen, der nasciturus werde behandelt, als wäre er geboren, als gälte er unter allen Umständen als lebend. Dies wollte der Gesetzgeber nicht sagen. Der nasciturus ist nicht geboren, aus gewissen Gründen wird er in manchen Fällen und mit massgebenden Einschränkungen als geboren angesehen (pro jam nato habetur). Die Rechtsordnung zwingt die an sich berechtigten Rechtssubjekte, auf einen Teil ihrer Rechte teilweise zu verzichten, soweit diese mit den Rechten des nasciturus, wenn er schon ein natus wäre, kollidieren.

Deshalb besteht zwischen diesem Satz und dem oben erwähnten, wonach der nasciturus, mulieris portio

---

[1]) Savigny § 62 und die dort angezogenen Quellenstellen.

est vel viscerum kein Widerspruch,[1]) wie es auf den ersten Blick scheinen könnte. Die Grundanschauung bleibt bestehen: Der neue auch schon lebende nasciturus ist ein materieller Teil eines an sich rechtsfähigen Weibes, daher selbst nicht rechtsfähig; aus Zweckmässigkeitsgründen werden an sich uneingeschränkte Berechtigungen eingeschränkt, um einem späteren Rechtssubjekt spätere Vorteile, die ihm nach dem Rechtsgefühl wohl gebühren, nicht entgehen zu lassen; ein Widerspruch ist deshalb in beiden Sätzen nicht zu finden.

Hier ist noch der Nachsatz von Interesse: quotiens de commodis ipsius partus quaeritur. Daß es sich hierbei natürlich nur um den Vorteil des nasciturus handeln sollte, und dass deshalb ihre Anwendung auch nur im Falle eines Vorteils für ihn erfolgen sollte, ist ohne weiteres klar. Der Ton ist auch auf ipsius zu legen, wie sich aus dem Gegenteil „alii“ des Nachsatzes ergiebt: alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. Zu Gunsten andrer Rechtssubjekte ist der Schutz in sich widerspruchsvoll.[2]) Savigny führt hier sehr treffend das Beispiel von einer Frau an, die zwei Kinder hat und schwanger ist; hätte sie drei Kinder gehabt, so konnte sie nach dem s. c. Tertullianum beim Tode eines derselben dieses mitbeerben; auch wäre dies der Fall, wenn das Dasein des nasciturus, des werdenden Kindes, zu ihrem Vorteil angerechnet werden könnte. Dies ist aber unzulässig, denn: „alii nequaquam prosit.“

Denselben Gedanken: „pro jam nato habetur“ sowie öfter auch diesen Gegensatz „ipsius commodum“ und „alii non prosit“ findet man in diesen und ähnlichen Worten noch an mehreren Digestenstellen. Es war ein Kardinalsatz des römischen Rechts:

(l. 26 D 1, 5) qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse. Ferner: Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus (l. 231 D 50, 16). In der letztzitierten Stelle bedeutet „de ipsius jure“ natürlich nichts anderes als oben „de ipsius commodis“, es ist eben das

[1]) Savigny I S. 12.
[2]) Savigny I S. 13.

Recht zum Vorteil des späteren Menschen, die Berechtigung, gemeint. Immer bezweckt also das Gesetz in diesen Fällen den Vorteil des späteren Menschen und nur dieses nicht eines andern Menschen.

Auf diesen nasciturus nahm man in den vom Gesetz bestimmten Fällen in der Art Rücksicht, dass man in der Erwartung seiner Geburt die Rechte ihm zudachte oder ihm aufhob, die ihm gebührt hätten, wäre er schon geboren. Nicht in allen Fällen, in denen es sich um seinen Vorteil handelte, geschah dies, wie ich schon oben bemerkt hatte: „in paene toto jure civili", sagt der Gesetzgeber. Grundsätzlich bleibt im Recht der nasciturus rechtlos, er kann nicht Vermögen, nicht Schulden haben. Deshalb konnten ihm diese ihm vom Gesetz zugedachten Rechte auch nicht im Wege der Tutel gesichert werden, denn „non est pupillus, qui in utero est", (l. 161 D 50, 16), der nasciturus ist nicht Mensch, also auch nicht fähig, einen Vormund zu haben.

Die Verwirklichung solcher allgemein gegebenen Schutzbestimmungen kennzeichnet sich deshalb in direkten Vorschriften, welche specialiter im Einzelfalle vorschreiben, wann und in welcher Weise dieser Rechtsschutz eintreten solle. Durch diesen Schutz wurden die betreffenden Rechte dem Kinde, das zu erwarten war, aufgehoben, und mit der Geburt trat dann der frühere nasciturus kraft eignen Rechts an das ihm aufgehobne heran.

Diese Schutzbestimmungen gingen aus von der Hoffnung der bevorstehenden Geburt. Hieraus ergeben sich die Folgen. Wurde die Hoffnung zu Schanden und wurde sie nicht zur Wirklichkeit, so treten sie wieder ausser Kraft; sämtliche Voraussetzungen zum Eingriff in fremde Rechtssphären entfallen; das, was diesen einstweilen entzogen war, und was geruht hatte, wird wieder frei, gilt als immer frei gewesen.

β. Bei Regelung der Standesverhältnisse.

Namentlich im Gebiete des Erbrechts finden wir solche privatrechtlichen Schutzmassregeln zum Schutze des nascituras. Aber auch schon bei der Regelung der Standesverhältnisse des zukünftigen Menschen greift dies

Schutzgebiet und zwar immer mit dem leitenden Gedanken durch, dem nasciturus Vorteile zu sichern. Die Quellen unterscheiden Kinder in rechter und nicht in rechter Ehe erzeugt.[1]) Der Stand des in rechter Ehe erzeugten Kindes richtet sich nach der Zeit der Erzeugung. Hier zeigt sich so richtig das Schutzprinzip, der nasciturus wird unter allen Umständen ein civis Romanus in potestate patris werden. Veränderungen im Stande der Eltern während der Schwangerschaft können keinen nachteiligen Einfluss auf den späteren Stand des nasciturus ausüben, selbst das Sklavenkind also würde unter Umständen als freier römischer Bürger geboren werden: si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id, quod natum erit, postiminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur (l. 26 S. 2 D. 1, 5). Das Kind der kriegsgefangenen Sklavin wird mit allen Rechten des römischen Bürgers geboren, weil die Mutter eine Zeit lang während der Schwangerschaft freie Bürgerin gewesen war.

Ferner: sed si ei, quae ex justis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit, et in potestate patris (l. 18 D 1, 5). Sogar die Verbannung der Mutter hat keinen Einfluss auf den Stand des Kindes, das in rechter Ehe erzeugt ist. Besonders begünstigt, aber folgerichtig wurde der von einem Senator in rechter Ehe erzeugte Sohn; die Rechte nämlich, die den Senatorenkindern vor allen andern eingeräumt waren, standen diesem zu, auch wenn der Vater seiner Würde als Senator vor der Geburt des Sohnes verlustig ging oder selbst, wenn er vorher starb. Natürlich musste die Konzeption vor dem Verlust der Würde eingetreten sein; denn bei allen diesen Schutzbestimmungen handelt es sich um das Aufheben von Rechten zu Gunsten des nasciturus, d. h. eines schon vorhandenen etwas. Der Quellentext drückt dies deutlich aus: Labeo scripsit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. Sed eum, qui posteaquam pater ejus de senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus spinanter non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: nec enim proprie senatoris fiiius dicetur is, cuius pater senatu motus est, antequam iste

[1]) Savigny I S. 14.

nasceretur, si quis conceptus quidem sit, autequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est, ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum pleris que placuit (l. 7 § 1 D 1, 9).

Anders wurde ursprünglich das nicht in rechter Ehe erzeugte Kind behandelt. Bei diesem sollte der Zeitpunkt der Geburt massgebend sein[1]). Das Schutzprinzip des nasciturus rang sich aber doch wieder durch und nach Institutionenrecht sollte der Zeitpunkt massgebend sein, der für das Kind am günstigsten war, sei es nun der Zeitpunkt der Geburt oder der Erzeugung oder auch irgend ein andrer Zeitabschnitt aus der Zeit der Schwangerschaft, mochte dieser auch noch so klein sein. Es genügte also auch, abgesehen von dem Stande der Mutter bei der Geburt, dass diese bei der Konzeption oder irgendwann einmal während der Schwangerschaft frei gewesen war, um den nasciturus die Anwartschaft auf alle Rechte des freien römischen Bürgers zu verschaffen: sufficit autem liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. et ex contrario, libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui, nascitur, liberum nasci, quia non debet incalamitas matris ei nocere, qui in utero est. ex his et illud quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa est, deinde ancilla postea facta peperit liberum an servum pariat? et Marcellus probat liberum nasci. sufficit enim ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est (pr. I. 1,4.).

In allen diesen Fällen liess das Gesetz in dem für das zukünftige Kind günstigsten Momente seinen Schutz kräftig werden.

γ. im Erbrecht.

Anders bei den Rechten, die dem nasciturus im Erbrecht aufgehoben wurden. Im Gegensatz zu oben waren hier dritte Personen ausserordentlich interessiert. Während es oben eines besonderen Schutzes, etwa durch positives Eingreifen des Staates, garnicht bedurfte, weil es sich nur um rein immaterielle, dem Zugriff anderer nicht ausgesetzte Rechte handelte, begegnen wir hier schutzbedürftiger

[1]) Savigny 1 S. 15.

Rechte realer Natur, welche der dritte sehr leicht seiner Machtsphäre einverleiben kann. Hier ist deshalb der Schutz besonders nötig, aber auch stark, so stark, dass selbst ein Testament des Erblassers, in welchem das spätere Kind nicht berücksichtigt wurde, durch dessen Geburt vernichtet wurde.

In der Praxis bestellte man, wie wir nachher sehen werden, für den, der Erbe wird, einen Kurator. Während dieser nun von der Geltendmachung jeden Erbrechts von Gesetzeswegen absehen musste, so werden doch alle Rechte aus einer Erbschaft, die dem naturs zufallen würden, auch den Zugriff andrer entzogen, für ihn bis zu seiner Geburt aufbewahrt. Jetzt war entweder ein Vollberechtigter da, dann konnte kraft eignen Rechts als vollbürtiger Erbe der frühere nasciturus sein Teil erheben, oder weder ein nasciturus noch ein Kind war zu berücksichtigen, die Erbschaft war den andern Erben frei. Uebereinstimmend sprechen sich die Quellen in diesem Sinne aus: nam et legitimae hereditates his (nämlich qui in utero sunt) restituuntur: Ferner: antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent. Dieser Grundsatz galt nicht nur für das Intestaterbrecht; wenn eine testamentarische Bestimmung den nasciturus nicht berücksichtigte, wurde das Testament nichtig und dem nasciturus wurden seine Rechte aufgehoben, der dann geboren, diese wegen seiner Vernachlässigung im Testament geltend machen konnte. Hier wird ausdrücklich in den Quellen hervorgehoben, dass mit der Trennung vom Mutterleibe der nasciturus ein natus geworden ist, auch wenn diese Trennung gewaltsam erfolgen musste: Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editur sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascitur in potestate (l. 12 D 28, 2).

Noch weiter ging das römische Recht mit seinem Schutz, es sorgte nicht nur für einen, der geboren werden sollte, sondern nahm bei seiner Vermutung an, es würden Drillinge geboren werden, für jeden von diesen war dann der ihm zustehende Teil aufgehoben worden. Wenn auch die Geburt von Zwillingen selten, die von Drillingen eine besondere Ausnahme ist, so kommt sie doch vor; man wollte unter allen Umständen für den natus seine Rechte reserviert haben. Man hatte sogar überlegt, ob man diese

Zahl nicht noch erhöhen sollte und für vier oder noch mehr zu erwartende Sprösslinge in dieser Weise sorgen sollte. Veranlasst wurde man zu solchen Bedenken durch Erzählungen, wonach eine Mutter vier, eine andre fünf, eine dritte sogar sieben Kinder aus einer Schwangerschaft geboren haben sollte (l. 36 D 46,3; l. 7 pr. D 34,5; l. 3 D 5,4.). Man hatte jedoch drei als die Höchstzahl der zu erwartenden Kinder angenommen, weil nach menschlichem Ermessen hierbei schon die seltensten Fälle in Betracht gezogen schienen und weil der Gesetzgeber nicht alle Fälle, die überhaupt schon einmal oder zweimal vorgekommen sind, in Betracht zu ziehen braucht: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, ut ait Theophrastus παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται (l. 3. D 5,4), und sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur. Deshalb sollten eben drei Teile aufbewahrt werden, in der Vermutung, drei Kinder würden geboren. Wurden weniger geboren, so kam der freiwerdende Teil allen jetzt berechtigten, also auch dem natus zu Gute. Der Fall, dass mehr als drei geboren wurden, wurde als theoretisch möglich auch noch in Betracht gezogen; auch der vierte oder fünfte natus würde seinen Teil erhalten und dieser erwirkt durch entsprechenden Abzug bei den übrigen Berechtigten, wenn auch eine Vermutung seiner Geburt und deshalb ein sofortiger Schutz schon während der Schwangerschaft zwecks Aufbewahrung dieser Rechte nicht stattfindet: etsi pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est. (l. 4 D 5,4)

δ. Im Patronatsrecht.

Eine Analogie zu dieser Aufbewahrung des Erbrechts für den nasciturus ist im Patronatsrecht zu finden. Starb nämlich der Patron, so blieben die liberti, die vor ihrer Freilassung zum Patron im Verhältnis der Unfreien zum ingenuus gestanden hatten, wenn ein nasciturus vorhanden war, aus dem ein filius des Patrons werden konnte, im Patronatsverhältnis, bis die Gewissheit vorhanden war. Dem natus gegenüber standen sie dann im selben Verhältnis wie früher zum Patron. Auch hier schützt das Gesetz das zukünftige Kind, um es später ererbte Rechte geniessen zu lassen: his conse-

quens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo jure sit, quo sunt, qui patronos habent.

ε. Im Obligationenrecht.

Einen Schritt weiter ging das prätorische Recht bei diesem Schutz des nasciturus. Diese Erbrechte sollten dem nasciturus nicht nur aufgehoben werden, sondern im besondern Falle sollte der nasciturus, mittelbar wenigstens, schon in den Genuss dieser Rechte eintreten so, dass der Mutter der dem nasciturus zukommende Teil der Erbschaft angewiesen werden konnte, wenn sie dessen bedürftig war und das zur Erhaltung des nasciturus erforderlich schien. Dies geschah durch die Einführung der bonorum possessio ventris nomine durch den Prätor; eine ausserordentliche, meisterhaft durchgeführte, notwendige Konsequenz des Schutzprinzips des nasciturus, ohne die im Falle der Bedürftigkeit der Mutter dies ganze Prinzip leere Phrase gewesen wäre, zugleich aber auch ein Zeichen von der praktischen Bedeutung und dem hervorragenden Inhalt des prätorischen Rechts.

c. Wie wird dieser durchgeführt?

Um die Rechte der Witwe in dieser Hinsicht wahrzunehmen, wird ihr ein curator ventris bestellt; dieser erwirkt die ihr aus der missio in bona zustehenden Bezüge: curator ventris alimenta mulieri statuere debet (l. 5 D 37, 9). Sie hat jedoch nur das zu beanspruchen, was zur Erreichung des Zweckes, die Erhaltung des nasciturus bis zu seiner Geburt, nötig ist und ihrem sowie ihres Ehegatten Stande und Mitteln entspricht: mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum restitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate ejus et mulieris (l. 1 § 19 D 37, 9).

Auch zur Durchführung des Schutzes für den nasciturus wird ein curator gegeben, curator bonorum. Dieser curator ist jedoch nicht wie ein tutor dem werdenden Kinde, der nicht rechtsfähigen portio mulieris, zur Wahrnehmung aller Rechte gegeben, sondern er ist curator

bonorum; sein Amt ist, für das Vermögen zu sorgen, das dem nasciturus vorbehalten ist. Obwohl rechtlich curator ventris und curator bonorum etwas ganz anderes ist, vereinigen sich beide oft in einer Person: hoc autem jure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur (l. 3 § 18 D 37, 9). Was die Pflichten des curator anbetrifft, decken sich fast ausschliesslich die geltenden Regeln mit denen über Vormundschaft: ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum (l. 1 § 22 D 37, 9). Im besondern bedingt jedoch die cura bonorum als cura rei, als vom Gesetz speziell für diesen Fall bestellt, eine besondere Behandlung. Es kommt mehr auf den Auftrag an, der dem curator geworden ist.[1]) Dies ist natürlich wichtig bei der Frage, ob der curator nur den Bestand der bona schützen soll oder ob er zwecks Vergrösserung dieses Bestandes die bona nutzbar machen darf. Die Quellen geben hierauf klare Antwort. Der curator, aber nur der curator ventris und bonorum hat nicht die unbegrenzte administratio, sondern nur die custodia, und er hat nur die Berechtigung, Sachen, deren Entwertung durch Schlechtwerden zu befürchten ist, zu verkaufen: inter bonorum ventrisque curatorem furiosi idemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur (l. 48 D 26, 7). Er dürfte also nicht den Bestand nutzbringend verwalten, sondern nur dafür sorgen, rem salvam fore. Dieser curator pflegte von der Witwe, der die missio in bona zur Seite stand, beantragt zu werden. Es wurde dann der spätere Vormund des natus aus praktischen Gründen hierzu erwählt oder auch ein Verwandter oder Freund des verstorbenen Erblassers (l. 1 § 17, 23 D 37, 9). Eine Art Gegenvormund wurde bestellt, wenn ein Gläubiger der bona oder ein Erbe, der durch den nasciturus beeinträchtigt wurde, zum curator erwählt war: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit et plures, si desiderentur, dandi sunt.

---

[1]) Windscheid III § 447.

d. Oeffentlichrechtliche Schutzbestimmungen.

Erwähnt seien hier auch die grossenteils schon im Gebiete des öffentlichen Rechts liegenden Schutzbestimmungen des nasciturus. Dte Begünstigungen, welche der Mutter im Falle einer Geburt zustanden, sowie die Strafen, durch die sie bei Kinderlosigkeit getroffen wurde, sind zwar in erster Linie im Staatinteresse erlassen; sie kommen der Mutter zu Gute, sie wirken aber mehr oder weniger mittelbar oder unmittelbar zu Gunsten des nasciturus, namentlich um diesem das zu gewähren, was man im modernen Recht unter allgemeinen Menschenrechten versteht, Leben, Gesundheit usw. Da diese Bestimmungen auch teilweise ins Zivilrecht eingreifen, so wirkt dieses Zivilrecht auch zum Schutze des nasciturus, wenn auch nur mittelbar.

So hatte nach dem s. c. Tertullianum die Mutter, quae ter tulerat, das jus trium liberorum, sie beerbte ihre Kinder, jedoch nur neben deren Schwestern, ihren Töchtern. Eine Freigelassene musste viermal geboren haben, ehe ihr dies Recht zustand. Ferner erwarb die latina, die dreimal geboren hatte, die Civilität. Während sonst jede Frau unter der tutela stand, war die Mutter dreier Kinder davon befreit.[1]) (lex Julia et Papia Poppaea). Seit dieser lex waren Frauen, die des jus trium vel quattuor liberorum hatten, erwerbsfähig aus dem Testament, eine Belohnung der Frau, die sonst in dieser Hinsicht incapax war.

Zur Rettung des Lebens, wenigstens zum Versuch einer Rettung, gemahnte eine alte königliche Verordnung, wonach beim Tode einer schwangeren Frau durch Aufschneiden derselben eine Lebenserhaltung des nasciturus angeordnet wurde (aufrecht erhalten l 2 D 11, 8).

Hierbei seien auch kurz die Bestimmungen des Kriminalrechts erwähnt, welche dem Schutze der allgemeinen Menschenrechte des nasciturus dienen sollten und welche man im modernen Strafrecht mit geringen Aenderungen wiederfinden wird. Schwer bestraft schon das alte römische Recht Abtreibung und Beihilfe dazu; schon das alte Recht fühlte im nasciturus den werdenden

---

[1]) Savigny S. 3.

Mitmenschen, der jetzt schon Fleisch und Blut, jetzt schon im Besitz des Gefühlssinns, nicht deshalb der Willkür der Mutter preiszugeben sei, weil er sich noch im Mutterleibe befände. Grade deshalb müsse er besonders geschützt werden. Verbannung stand auf dem Verbrechen der Abtreibung: Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandum[1]). Ferner dasselbe sagt l. 8 D 48, 9: si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abegerit, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exigit. In der l. 39 D 48, 9 wird von einer Milesierin erzählt, die von einem durch den nasciturus ausgeschlossenen Erben Geld angenommen und dafür die Abtreibung ihrer Leibesfrucht bewirkt hatte; sie wurde mit dem Tode bestraft. temporale exilium stand auf der Abtreibung, welche nach der Ehescheidung an der in der Ehe konzipierten Furcht vorgenommen wurde. Die Beihilfe bestraft l. 38 § 5 D 38, 9: qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Ja, sogar die Todesstrafe trat ein, wenn dadurch der Tod eines Menschen herbeigeführt war.

Wie dies römische Strafrecht im Grundgedanken dem heutigen ähnlich ist so erinnert auch eine prozessiale Vorschrift an die heutige Strafjustiz und verdient erwähnt zu werden. Diese Bestimmung betrifft die Strafvollstreckung an einer schwangeren Frau. Die Hinrichtung und die Folter einer solchen wird aufgehoben, bis sie geboren hat (l. 3 D. 48, 19). Ebenso l. 18 D 1, 5. An dieser Stelle wird man wieder an die Standesrechte erinnert, die der nasciturus bei der Geburt erwirbt, unabhängig von dem, was aus der Mutter inzwischen geworden ist. (S. 2 a. a. O.[2])

B. In den landesrechtlichen Kodifikationen, insonderheit im A. L. R.

Im preussischen allgemeinen Landesrecht (A. L. R.) wird unterschieden zwischen den allgemeinen Menschen-

---

[1]) l. 4 D 47, 11; Savigny I S. 14
[2]) Savigny I S. 14.

rechten und den durch bürgerliches Recht zu erwerbenden Rechten. Beide gebühren dem nasciturus, die allgemeinen Menschenrechte in vollem Umfange von der Zeit der Empfängnis ab. Gegenstände dieser allgemeinen Menschenrechte sind nach Donellus Commentar II 8 §§ 2, 3: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Soweit diese für den Embryo zur Sicherung von Leben und Gesundheit in Betracht kommen können, gebühren sie ihm voll und ganz.[1]) Es sind diese Bestimmungen ähnlich den römischrechtlichen und auch heutigen strafrechtlichen Vorschriften über die Unantastbarkeit des nasciturus; selbst die Mutter ist nicht dazu befugt, trotzdem andrerseits der nasciturus portio mulieris ist.

Was die bürgerlichen Rechte in dieser Hinsicht anbetrifft, so ist namentlich § 12. I. 1 für die Rechte des nasciturus massgebend, und bestimmt analog dem römischen Recht, dass diese auf den Fall, dass der nasciturus lebendig zur Welt kommt, diesem vorbehalten werden sollen. Auch hier also kann der nasciturus an und für sich keine bürgerlichen Rechte haben, er ist rechtsunfähig und dies im Gegensatz zu § 10 I 1, von dem oben geredet war. Das Landrecht redet vom „lebendig zur Welt kommen". Hierunter ist jedes lebendig geborenwerden zu verstehen, gleichgültig, ob ein baldiger Tod vorauszusehen ist. Das A. L. R. verlangt also keine Vitalität zum Beginn der vollen Rechtsfähigkeit.[2]) Im übrigen verlangt es hierzu vollständige natürliche oder künstliche Trennung vom Mutterleibe und menschliche Natur, erkennt also das monstrum nicht als natus an, obgleich es diesem die allgemeinen Menschenrechte teilweise auch gönnt. (§§ 17, 18 a. a. O.)

Wie im römischen Recht, so auch hier im Landrecht sind Gegenstand dieser dem nasciturus vorbehaltenen Rechte vor allem standesrechtliche und erbrechtliche Berechtigungen. Betreffs der standesrechtlichen Verhältnisse fallen die Bestimmungen von II 3 §§ 22—24 ins Auge. Wenn nämlich eine Witwe, die wider die Vorschrift der Gesetze zu früh geheiratet hatte, ein Kind gebiert und deshalb die Herkunft des Kindes vaterseits

[1]) Koch I S. 92.
[2]) Koch I S. 92 Anm. 14.

zweifelhaft ist, „so ist auf den gewöhnlichen Zeitpunkt, nämlich den Zweihundertsiebenzigsten Tag vor der Geburt Rücksicht zu nehmen“ und dies im erbrechtlichen und standesrechtlichen Verhältnis zum ersten Gatten der Mutter. Hier findet sich rein das Prinzip der Vorbehaltung erbrechtlicher Berechtigungen für den nasciturus, dessen Abstammung mit grösster Wahrscheinlichkeit festgestellt ist. Der nasciturus wird mit seiner Geburt eheliches Kind des ersten Mannes und Erbe desselben. Aus praktischen Gründen, wenn auch etwas weitgehend bestimmt § 24 a. a. O., dass der zweite Ehegatte der Mutter dem Kinde alle Pflichten eines leiblichen Vaters leisten soll, er ist also nicht subsidiär, sondern primär alimentationspflichtig. Standesrechtlich ist das Kind aber nicht eheliches Kind des zweiten, sondern des ersten Ehemanns.

Aehnlich dem römischen Recht ist die Aufbewahrung der erbrechtlichen Berechtigungen für den nasciturus im A. L. R. I. 9 §§ 371—381 geregelt.[1]) Es handelt sich hier um spezielle Vorschriften, das Gesetz gibt hier bei der Regelung der einzelnen Materien für den nasciturus einzelne bestimmte Vorschriften; die im § 12 a. a. O. fg. enthaltenen Bestimmungen waren allgemeiner Natur, sie redeten allgemein von den dem nasciturus zustehenden bürgerlichen Rechten. Beim Dasein eines nasciturus, der als Erbe in Betracht kommen kann, muss die Geburt, oder ein andrer Ausgang der Schwangerschaft abgewartet werden (371). Der Kurator der Leibesfrucht muss, im Falle andre Erbprätendenten vorhanden sind, auch zum Verlassenschaftskurator bestellt werden, um in den Besitz der Erbschaft gesetzt werden zu können. Der Kurator hat mithin zwei Kuratelen, obgleich tatsächlich beide in einer Person bestehen.[2]) In Verfolgung beider Funktionen hat der Kurator die Verwaltung der Masse, er darf aber ohne Zuziehung der nach dem nasciturus nächsten Prätendenten nicht über die Substanz verfügen, eine Beschränkung in seiner Eigenschaft als Verlassenschaftskurator (373 a. a. O.). Er hat dieselben Rechte und Pflichten wie der Kurator unbekannter oder abwesender

[1]) Koch I S. 526.
[2]) Koch I S. 526 Anm. 22.

Erben. Dieser aber hat nach § 473 die Stellung eines Vormundes in der Verwaltung; jedoch ist seine Tätigkeit nach Möglichkeit auf die Erhaltung des Vermögens zu richten; daher darf er nicht Grundstücke veräussern, Kapitalien aufkündigen, neue Geschäfte unternehmen; bewegliche Sachen soll er, nur wenn Gefahr wegen Verderbens oder Wertminderung besteht, veräussern (§ 475 a. a. O.).

Würde der nasciturus nur Miterbe unter mehreren Erben werden können, so können die Miterben unter Zuziehung des Leibesfruchtkurators die Verwaltung der Erbschaft für sich in Anspruch nehmen; auch sie sind dann an die Vorschriften des § 471 fg. a. a. O. gebunden (378, 379 a. a. O.). Eine Teilung darf nicht stattfinden, solange die Entscheidung aussteht, ob der nasciturus lebend geboren wird oder nicht. Ist ein natus vorhanden, so finden die allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen Anwendung, wobei dann der nunmehrige natus voll als Erbe in Betracht gezogen wird und zwar unter Rückwirkung auf die Zeit des Erbfalls; ist dies nicht der Fall, so soll der Anfall an die ohne Rücksicht auf den nasciturus berechtigt gewesenen sofort mit dem Erbfall als erfolgt gelten (§ 375).

Die dadurch entstandenen, an und für sich oft unnötig gewesenen Administrationskosten müssen natürlich von der Erbschaftsmasse getragen werden, ebenso die zum Besten des nasciturus und selbst zur Verpflegung der Mutter — diese im letzten Grunde auch zum Besten des nasciturus — aufgewendeten Kosten (§ 377.).

Dieser Grundgedanke, der Schutz des nasciturus im Erbrecht, gilt in allen Fällen auch für testamentarische Einsetzungen, sogar wenn ein nasciturus vom Erblasser deshalb übergangen ist, weil er von dem Vorhandensein nichts wusste oder wenn er kurz „die Kinder des x“ einsetzte (I 12, 527, II 3. 444).

Andrerseits ist eine analoge Ausdehnung solcher Grundsätze auf andre als standes- und erbrechtliche Berechtigungen nicht zulässig. Die Beschränkung des curators setzt sich dem entgegen; nicht können im Namen des nasciturus Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, in deren Verhältnis dann der nasciturus bei seiner Geburt eintreten könnte. „Es können nur in einzelnen Be-

ziehungen bestimmte Rechte, welche dem Erzeugten, wäre er schon geboren, anfallen würden, bis zur Geburt in statu quo erhalten werden, damit der neue Mensch, solche, wenn er will, erwerben möge.“ [1]) Dies widerspricht auch nicht dem § 12; denn dieser spricht zwar von bürgerlichen Rechten allgemein, beschränkt aber selbst deren Regelung in Beziehung zum nasciturus auf solche, welche diesem zukommen würden, wäre er schon geboren. Andre als standes- und erbrechtliche Berechtigungen sind aber dabei nicht denkbar; denn rechtsgeschäftliche Berechtigungen beispielsweise können nicht als dem nasciturus im Falle seiner erfolgten Geburt zustehend gedacht werden. Anders Dernburg, welcher Stellvertretung im weitesten Sinne zulassen will, so dass dem nasciturus durch Vorträge des curator, „ja selbst durch unbevollmächtigte Beamte vorbehaltlich späterer Ratifikation erworben werden kann.[2]) Gewiss beweist der Umstand, dass das Anwendungsgebiet des Landrechts nur die Zustandsrechte umfasst, an sich nicht die Einschränkung der prinzipiellen Bedeutung dieser Rechte des nasciturus. Aber die Einschränkung des Gesetzes in § 12 selbst in Verbindung mit den Beschränkungen der §§ 471 fg beweisen die Unzuverlässigkeit der Annahme einer unbeschränkten Stellvertretung. Gegen diese klaren gesetzlichen Bestimmungen lässt sich auch nicht die mangelhafte Ausbildung der starren römischrechtlichen Stellvertretung im Gegensatz zu der in weitem Masse ausgebildeten Vertretung eines modernen Rechts als Grund dafür ins Feld führen, dass eben diese weniger umschränkte Vertretung nun auch in diesem Falle vorliegen muss. Der Gesetzgeber verfolgte wohl auch hier bestimmte Absichten. Hätte er die unbeschränkte Stellvertretung zugelassen, so wäre der Vertretene so gut wie ein Kind, aber der römischrechtliche Obersatz soll bestehen bleiben: non est pupillus, qui in utero est, der nasciturus ist nicht fähig Träger von Rechten und Pflichten zu sein wenigstens allgemein; nur speziellen Bestimmungen scheinen ihn für gewisse Rechtsgebiete fähig zu machen, aber auch nur scheinen.

---

[1]) Koch S. 93 Anm. 14.
[2]) Dernburg S. 70. Anm. 7.

Auch Eccius tritt Dernburg mit Recht in diesem Punkte entgegen.[1])

Aehnlich wie oben liegt die Sache auch bei der Nachfolge ins Fideikommiss. In Betracht kommt analog dem Erbfall der Augenblick des Todes des letzten Vorfahrs oder seines sonstigen Wegfalls. Dem nasciturus aber, d. h. dem innerhalb von 302 Tagen vom Tode des Vormanns an gerechnet, geborenen werden die Rechte vorbehalten, bei der Nachfolge wird er also als geboren behandelt.[2])

Auch die übrigen bedeutenderen Kodifikationen regeln die Rechtsverhältnisse um den nasciturus in ähnlicher Weise wie das A. L. R.; auch sie alle geben wie das römische Recht, allgemeine Erklärungen, allgemeine gültige Normen, welche dann durch weitere Bestimmungen für die speziellen Rechtsfälle ergänzt sind, also in der Weise wie das A. L. R. auch. Dies sind vor allem in dieser Hinsicht das bayrische L. R., das sächsische und österreichische bürgerliche Gesetzbuch.[3]) Nur das B. G. B. gibt keine allgemeinen Bestimmungen, wie wir sehen werden; das haben aber mit dem B. G. B. alle diese Kodifikationen wie A. L. R., B. L. R. S. G. R., östr. G. B., Züricher G. B., niederländisches G. B., gemeinsam zur gemeinsamen Grundlage, den privatrechtlichen Schutz des keimenden Lebens im Anschluss an den römisch-rechtlichen Satz: nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ipsius quaeritur,[4]) ohne dass es jedoch einem dieser Rechte gelungen wäre, diese Parömie treffend zu beschränken, so dass sie als allgemein giltige Rechtsnormen auftreten könnte.

---

[1]) Eccius I S. 92 fg.
[2]) Dernburg I S. 833 Anm. 2.
[3]) Staudiger I S. 31.
[4]) Mugdan I S. 372.

C. Im B. G. B.

a. Was ist der nasciturus, sein Beginn und Ende.

Auch im Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs findet sich der grundlegende Gedanke, dass der nasciturus, der zukünftig rechtsfähige Mensch, den Schutz geniessen müsse, damit nicht etwa der Fall eintrete, dass von vollbürtigen Geschwistern der eine nichts, der andre alles erbt, oder dass entfernte Verwandte erben werden, während der eheliche Sohn des Erblassers leer ausgeht. Diesen Gedanken folgend hat der B. G. B. sich im wesentlichen den Regeln des römischen Rechts angeschlossen, wie sie ja auch im allgemeinen für das gemeine Recht und für die landesrechtlichen Kodifikationen massgebend waren. Namentlich im Erbrecht trifft dies zu.

Wer ist nun dieser nasciturus nach dem B. G. B.? Dieselbe Antwort wie im römischen Recht: Der nasciturus ist die durch die Konzeption entstandene Leibesfrucht bis zu dem Zeitpunkt, wo aus ihr ein Kind entsteht natürlich abgesehen von dem Falle einer Totgeburt oder eines Abgangs der nicht mehr lebenden Frucht. Der Beginn des nasciturus ist also die Konzeption. Auch hier tritt uns wieder der Unterschied zwischen dem nasciturus und dem nondum conceptus vor Augen. Beides sind zukünftige Menschen, deren beider Geburten nach dem Tode des Erblassers liegen. Der nasciturus aber ist schon etwas reales, dessen Dasein man unter Umständen fühlen kann. Und dieser Punkt grade bedingt die verschiedenartige rechtliche Behandlung. Während der nasciturus, der bald ein Kind sein wird, dem Vollerben fast gleichsteht, wenigstens im praktischen Erfolge, stehen dem nondum conceptus nur wenige Rechte zu. Zum Unterschied vom nasciturus kann er nicht ab intestato, auch nicht ex testamento als Vollerbe erben. Nur als Nacherbe oder als Vermächtnisnehmer kann er in Betracht kommen. Selbst wenn er ausdrücklich zum Erben eingesetzt wird, so besteht doch die gesetzliche Vermutung und dies noch zu seinen Gunsten, dass er zum Nacherben eingesetzt sein soll. Auch unterliegt er

betreffs der Nacherbschaft und des Vermächtnisses den hier eingeschlägigen gesetzlichen Beschränkungen. Der Hauptunterschied im Zeitpunkt des Entstehens bedingt auch ihr Verhältnis zu der ihnen zugewandten Masse. Dem nasciturus, dessen Geburt mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, da in ihm die physischen Vorbedingungen zum Geborenwerden eines Kindes, eines Erben, erfüllt sind, werden seine Rechte von dem Zeitpunkt an aufbewahrt, wo diese aus der Hand des Erblassers frei werden, bei dessen Tode; kommt es zur Geburt, so gebühren ihm alle Rechte vom Zeitpunkt des Erbfalls an. Anders beim nondum conceptus; im Moment des Erbfalls wird ein andrer Erbe unter einer Resolutivbedingung, nämlich dass überhaupt einmal der nondum conceptus ein Kind wird. Sein Geborenwerden löst die Rechte von der Person des Vorerben los, und lässt sie nun, wie sie sind, also bei seiner Geburt, auf sich übergehen. Nutzungen gebühren also beim nasciturus dem Kind vom Zeitpunkt des Erbfalls an, beim nondum conceptus von dessen Geburt an oder vielmehr von der Geburt des früheren nondum conceptus an.

Dieser gewichtige Unterschied kann ausserordentlich in den Vordergrund treten bei der Frage, ob zur Zeit des Erbfalls der nasciturus schon erzeugt war oder nicht. Nämlich: Durch die Behauptung, es sei ein nasciturus vorhanden, und durch die daraufhin zu seinem Schutze unternommenen Schritte werden fremde Rechte geschmälert. Wer aber in dieser Weise in fremde an und für sich gut begründete Rechte eingreifen will, hat die Beweislast, muss sein besseres Recht beweisen. Der nasciturus also oder sein Vertreter muss das Dasein beweisen. Denn sonst würde er ab intestato überhaupt nicht, ex testamento aber nur als Nacherbe oder Vermächtnisnehmer in Betracht kommen, die Erbschaft wäre also frei. Es ist sehr bestritten, wie dieser Beweis zu führen ist, welche Beweisregeln in Betracht kommen. Sehr einfach liegt der Fall natürlich, wenn der nasciturus, der fremde Rechte für sich in Anspruch nehmen will, bald nach dem Erbfall geboren wird. Der Beweis der Erzeugung vor dem Erbfall wird sehr leicht, ein Gegenbeweis auf alle Fälle unmöglich sein. Anders liegt der Fall aber, wenn ein Kind lange nach dem Erbfall, etwa 300 Tage geboren wird. Der

natus muss sein Erzeugtsein vor dem Erbfall beweisen, wenn er nicht als höchstens früherer nondum conceptus in Betracht kommen will. Liegt nun hier ein gewöhnlicher Rechtsstreit sui generis vor, bei dem der Richter nach freiem richtlichen Ermessen auf Grund der allgemeinen Beweisregeln unter Zulassung jedes Gegenbeweises entscheidet oder sollen hier die §§ 1571, 1592 1717 B. G. B. in Betracht gezogen werden, die auf Grund medizinischer Erfahrungen eine ganz fest bestimmte Empfängniszeit enthalten, innerhalb welcher, vom Geburtstag zurückgerechnet, die Konzeption stattgefunden haben muss? Zur Beantwortung der Frage muss man wieder davon ausgehen, dass der natus die vor dem Erbfalle stattgehabte Empfängnis beweisen muss. Hat sich nun wirklich herausgestellt, dass der Tag des Erbfalls in diese gesetzliche Empfängniszeit fällt, so ist die Möglichkeit einer Konzeption vor dem Erbfall bewiesen, aber nichts mehr. Die freie richterliche Beweiswürdigung muss hinzutreten und nach den Besonderheiten des einzelnen Falles entscheiden. Hierbei wird natürlich das richterliche Ermessen sich im allgemeinen auf das stützen, was Natur und Erfahrung gelehrt hat, und in der Art werden die obigen Paragraphen, die selbst Abstraktionen der Erfahrung sind, oft zur Anwendung kommen. Aber es liegt kein Zwang dazu vor; das richterliche Ermessen geht weiter als die hier gezogenen Grenzen; es können Fälle eintreten, wo in Anbetracht des Einzelfalls diese Grenzen überschritten werden. Nur die Erfahrung spricht also mit, aus der der Inhalt dieser Paragraphen entstanden ist. Solche Grenzen für diese Fälle festzusetzen, wäre unpraktisch, unmöglich; der Gesetzgeber wollte dies auch garnicht: „Eine bestimmte Vorschrift hierüber lässt sich indessen bei der Verschiedenheit der Fälle nicht geben, und durch Aufstellung einer gesetzlichen Regel oder Vermutung durchzugreifen, ist nicht rätlich.[1]) Wenn der Gesetzgeber solche Grenzen aufstellen wollte, so konnte er dies ausdrücklich bestimmen oder auf die Paragraphen 1591/2 und 1717 Bezug nehmen. Dass diese in diesem Gebiet überhaupt keine Anwendung finden können, ergeben diese selbst. Die §§ 1591/2

[1]) Motive I S. 30.

wollen nicht allgemein ein- für allemal die Grenze einer möglichen Empfängniszeit feststellen, für das bürgerliche Recht bindend, sie handeln vielmehr von der ehelichen Abstammung, sie stellen hierfür Vorbedingungen und Vermutungen auf und auch nur in Beziehung auf diese gilt die festgelegte Empfängniszeit: „Als Empfängniszeit gilt“ in § 1592 ist eine Erläuterung zu dem in § 1591 im Bedingungssatz enthaltenen Worte „Empfängniszeit.“ Deutlicher würde dies § 1592 ausdrücken, wenn er begönne: „Als Empfängniszeit gilt hierbei;“ es ist dies aber aus der Zusammengehörigkeit von 1591/2, auch aus der gemeinsamen Ueberschrift „Eheliche Abstammung“ zu entnehmen.

Dasselbe gilt auch für die Bestimmungen des § 1717. Es ist kein Zweifel, dass Abs. 2 nur die Lücke in Abs. 1 ausfüllen soll, nämlich eine Erklärung, was ist hierbei unter Empfängniszeit zu verstehen. Das ganze handelt vom ausserehelichen Vater und dessen Pflichten im Sinne der §§ 1708—16. Nur hierfür besteht die Vermuntung der dort angeführten Empfängniszeit, wie überhaupt alle in dem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen uneheliche Kinder zum Gegenstand ihrer Betrachtung haben.

Es ist also die Frage nach dem Zeitpunkt der Erzeugung unabhängig von den in §§ 1591/2 1717 enthaltenen Bestimmungen über die Empfängniszeit zu beantworten.[1]) Dies gilt für alle Fälle, wo der nasciturus im Zivilrecht auftaucht, wenn nicht besondre Bestimmungen gegeben sind, wie dies z. B. in diesen Paragraphen der Fall ist. Sehr richtig bemerkt Hachenburg[2]): „Doch wird auch die Regel, dass dem Kinde der Beweis freistehe, es sei früher erzeugt, anwendbar sein. Konsequent muss man dann der Gegenseite den Beweis der späteren Zeugung, z. B. aus dem späteren Eheabschlusse, belassen. Irgend eine ausschliessliche massgebende Vermutung besteht nicht.“

Auch Planck-Ritgen stimmt dem bei, soweit es sich um uneheliche Kinder handelt, bei ehelichen Kindern, meint er, wären die Bestimmungen der §§ 1591/2 in Be-

---

[1]) Staudiger V zu 1923 Note 6.
Protolle S. 8
[2]) Vorträge S. 335, Motive V S. 11.

tracht zu ziehen.[1]) Er meint die Anwendung dieser Paragraphen sei deshalb geboten, weil bei Nichtanwendung derselben es dahin kommen könne, dass ein Kind, welches aus §§ 1591/2 für ehelich gelte, mittelbar durch Urteil für unehelich erklärt werde. Solche Unstimmigkeiten seien aber nicht angängig. Während Planck-Ritgen a. a. O. von den Vorschriften des § 1717 B. G. B. ganz richtig sagt, dass sie zunächst nur für die Unterhalts- und Entschädigungspflicht des unehelichen Vaters aufgestellt sind und analog dazu die der §§ 1591/2 nur für die Ehelichkeit des Kindes Geltung haben, setzt er sich mit sich selbst in Widerspruch. Wenn man ableiten will, dass diese Paragraphen auch sonst für das Zivilrecht massgebend sein müssen, weil sonst bei ein und demselben Kinde diese Vorschriften und Urteil nicht übereinstimmen könnten, so ist dieser Schluss m. E. nicht richtig. Der Fall ist wohl denkbar und enthält keinen inneren Widerspruch, dass ein nach dem Erbfall geborenes Kind auf Grund der zu seinen Gunsten erlassenen, aber nicht in die Rechte Dritter eingreifenden §§ 1591/2 für ehelich gilt, trotzdem aber mit seinen Ansprüchen auf die Erbschaft abgewiesen wird, weil diese Ehelichkeit aus andern Gründen ausserordentlich unwahrscheinlich ist; denn hier handelt es sich um Parteien, deren Rechte zu schützen sind, deren Rechte aber der natus mit seinen Ansprüchen schmälern will. Die Fragen, ob das Kind für ehelich gelten soll, und ob das Kind vor dem Zeitpunkt des Erbfalls konzipiert ist, haben nicht das geringste mit einander zu tun und können jede unabhängig von einander beantwortet werden.[2])

Auch nicht richtig ist m. E. der Satz bei Planck a. a. O.: „Hierüber muss bei unehelichen Kindern feststehen, dass die Beiwohnung vor dem Erbfalle geschehen ist, und es darf in dem hinter dem Erbfalle liegenden Teile der Empfängniszeit keine weitere Beiwohnung seitens desselben oder eines andern Mannes stattgefunden haben.“ Dieser Satz ist entschieden zu weitgehend, das richterliche Ermessen zu sehr beschränkend. Denn beweist der nasciturus, dass er aus der Beiwohnung vor

[1]) Planck V zu § 1923 Not. 2 Abs. 2.
[2]) Staudinger a. a. O.

dem Erbfalle konzipiert ist, und nur aus dieser konzipiert sein kann, so ist das Dasein des nasciturus vor dem Erbfall als notwendiges Erfordernis der Geltendmachung seiner Rechte dargetan. Ob später noch Beiwohnungen der Mutter stattfanden, die offenbar zur Konzeption nicht führen konnten, das ist auf die Rechte des nasciturus ohne Einfluss.[1])

Im übrigen stimmt Strobal betreffs der ehelichen Kinder Planck bei, indem er ausführt, wenn ein Kind nach §§ 1591/2 ehelich sei, so sei auch die Erzeugung des nasciturus vor dem Erbfall von selbst bewiesen. Dies ist aber, wie schon oben angedeutet, nicht richtig; denn man kann aus §§ 1591/2 nur die Ehelichkeit des Kindes folgern, aber nicht weitergehende rechtliche Schlüsse ziehen, die dann in die Rechte Dritter eingreifen würden, nämlich solche auf den Zeitpunkt der Erzeugung.[2]) Dies geht auch aus dem Sinn und dem Wortlaut dieser Paragraphen selbst hervor.

Das Ende des nasciturus ist naturgemäss auch hier entweder der Abgang einer toten Frucht oder eine Totgeburt oder die Geburt des Kindes, womit der Beginn der vollen Rechtsfähigkeit eintritt und der besondere Rechtsschutz überflüssig wird. Denn dass ein monstrum geboren werden könnte, gilt heute nach den Urteilen der medizinischen Wissenschaft nicht mehr für möglich. Die Geburt ist die völlige Trennung des nasciturus vom Mutterleibe, ohne dass dabei eine Durchschneidung der Nabelschnur notwendig wäre.[3]) Zum Beginn der Rechtsfähigkeit gehört Lebendgeborensein. Jedoch stellt das bürgerliche Recht keine Forderung auf wie manche Kodifikationen z. B. Beschreien der Wände, um Lebendgeborensein gelten zu lassen; vielmehr sind die allgemeinen Beweisregeln in Anwendung zu bringen, auch besteht keine Vermutung für das Lebend- oder Totgeborensein. Diese Frage wird namentlich bei bald nach der Geburt sterbenden Kindern in den Vordergrund treten; Lebensfähigkeit wird nämlich nicht verlangt für den Beginn der Rechtsfähigkeit. Wird also aus dem

---

[1]) Strobal § 3. IV. 2 Note 7a.
[2]) Staudinger a. a. O.
[3]) Motive I S. 28.

nasciturus ein nicht lebensfähiger natus, so würde dieser doch auch in kürzester Zeit sämtliche ihm zustehenden Rechte erwerben und nun selbst Erblasser sein.

b. Welcher materielle Schutz wird dem nasciturus zuteil?

α. im Erbrecht.

Was nun die Schutzmassregeln des nasciturus selbst anbetrifft, so war, wie wir gesehen haben, die Parömie: nasciturus pro jam nato habetur etc. schon im römischen und gemeinen Recht mit Vorsicht zu behandeln, da sie zu weit gefasst schien. Sie aber so zu beschränken, dass sie auf allgemeine Gültigkeit Anspruch machen könne, ist auch dem neuen bürgerlichen Recht nicht gelungen, von ihm wohl auch garnicht beabsichtigt gewesen. Es erschien vielmehr ratsamer, von der Aufstellung einer allgemein gültigen Norm in diesem Punkte abzusehen und durch besondere Vorschriften an den einschlägigen Stellen überall da, wo der Schutz des nasciturus es erfordert, das auszudrücken, was durch allgemeine Rechtssätze unmöglich ist.[1]) Dem ist man bei der Redigierung des B. G. B. nachgekommen und im Obligationenrecht, Familienrecht und Erbrecht, namentlich im letzteren, finden sich eine Fülle von Bestimmungen, welche alle einen gemeinsamen Zweck, die Wahrung privatrechtlicher Interessen des nasciturus, verfolgen. Die Bestimmungen des Erbrechts haben den gemeinsamen Zweck, „in Ansehung des erbrechtlichen Erwerbs eine empfangene, aber noch nicht geborene Person, falls sie später lebend zur Welt kommt (im Erfolg), einem bereits geborenen Menschen gleichzustellen.“[2]) Dies entspräche der Natur der Dinge.

Ein Hauptsatz und für diese Bestrebungen grundlegend ist der § 1923 B. G. B. Nur der zur Zeit des Erbfalls lebende kann erben, aber kraft ausdrücklicher Bestimmung wird auch der, der damals zur Zeit des Erbfalls schon empfangen war, wenn auch damals noch

[1]) Aus den Motiven D. N. Z. 89 S. 33.
[2]) Mot. V S. 11. S. 35.

nicht geboren, jetzt aber geboren wird, ebenfalls Erbe und gilt als vor dem Erbfall geboren. Der Gesetzgeber stellt sich also beim Absatz 2 auf den Zeitpunkt der Geburt, er blickt zurück auf die Zeit des Erbfalls.[1]) Heute wird er geboren, heute erfolgt der Anfall; denn erst heute ist der nasciturus Mensch und Erbe geworden. Aber er soll in Ansehung dieser Rechte als vor dem Erbfall geboren gelten. Der Umfang dieser Rechte bestimmt sich aus der Zurückversetzung in die Zeit des Erbfalls und setzt sich zusammen aus dem damaligen Bestande plus den inzwischen erworbenen Früchten. Wie ist nun aber die tatsächliche Rechtslage zur Zeit des Erbfalls? Die Rechte werden dem, der Erbe sein würde, wenn der nasciturus nicht da wäre, vorläufig, und wenn der nasciturus geboren wird, für immer entzogen; die vorläufige Entziehung umfasst allerdings nur die Entziehung der freien Verfügung und fällt weg, wenn der nasciturus kein natus wird, die endgültige tritt ein bei Geburt des Kindes.

Konsequent hierzu ist die Entscheidung des Falles, dass der zur Zeit des Erbfalls lebende Erbe vor der Totgeburt des nasciturus verstirbt. Dieser Erbe ist Erbe von der Zeit des Erbfalls an gewesen und seine Erben treten von der Zeit seines Todes an in die erst später mit der Totgeburt des nasciturus freiwerdende Erbschaft ein.[2])

Wie schon oben erwähnt, zieht sich dieser Schutz des nasciturus durch das ganze Erbrecht. Es ist deshalb beinahe selbstverständlich, dass das, was diesbezüglich für die Erbfolge gilt, auch für die Nacherbfolge massgebend sein muss. Das Gesetz betont dies ausdrücklich in der Vorschrift des § 2108 Abs. 1, nach welcher die Rechtssätze des § 1923 auch für die Nacherbfolge zum Gesetz erhoben werden, d. h. also: nur der im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge lebende Mensch kann diese Erbschaft antreten. Ist jedoch zu dieser Zeit ein nasciturus vorhanden, der, wenn er schon lebte, Nacherbe sein würde, so stehen ihm die Rechte aus der Nacherbfolge in der Zukunft doch zu, wenn er geboren

[1]) Binder, Rechtsstell. I, S. 189.
[2]) Staudinger zu § 1923, 2.

wird; vorläufig, solange er nasciturus bleibt, werden sie ihm aufgehoben.[1])

Dasselbe gilt auch analog auf das Vermächtnis angewandt; einer schon erzeugten, noch nicht geborenen Person, der ein Vermächtnis zugewandt ist, werden seine Rechte aus dem Vermächtnis ebenso gewahrt, als handele es sich um Erbfolge oder Nacherbfolge. Deshalb gelten für die Entstehung der Forderung des Vermächtnisnehmers, trotzdem dieselbe natürlich erst vom rechtskräftigen natus, also nach der Geburt, geltend gemacht werden kann, die Vorschrift des § 2176. Die Forderung gilt als mit dem Erbfalle entstanden, denn die Rechte werden auf diese Zeit zurückbezogen. Dem widerspricht auch nicht die Vorschrift des § 2178, denn dieser handelt vom nondum conceptus, dessen Forderung natürlich erst bei seiner Geburt entsteht und geltend gemacht werden kann.[2])

Eine weitere Folge der allgemeinen Bestimmungen des § 1923 über den Schutz des nasciturus ist die Aufhebung der zeitlichen Beschränkungen für Nacherbschaft und Vermächtnisse auf die Dauer von 30 Jahren (§§ 2109 und 2162) für den Fall, dass ein nasciturus durch diese Bestimmungen ausgeschlossen werden würde. Also auch hier gilt der nasciturus als vor Ablauf der dreissigjährigen Frist geboren (§ 2109 in Verbindung mit Nr. 4 bei Fischer-Heule und Planck V Anm. bei §§ 2178, 2162 Abs. 2).

Auch § 2070 ist ein Ausfluss von § 1923. Er gibt eine Auslegungsregel für den Fall, dass ein Erblasser die Abkömmlinge eines Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht hat. Hier soll im Zweifel angenommen werden, nur die Abkömmlinge wären gemeint, die zur Zeit des Erbfalles — nicht leben, sondern erzeugt sind. Der nasciturus wird also in dieser Hinsicht dem Kinde, welches geboren ist, gleichgerechnet.

Entgegen den römischrechtlichen Grundsätzen, nach denen beim Vorhandensein eines nasciturus die Erbteilung in der Weise stattfinden musste, dass drei Teile für den nasciturus reserviert wurden, weil man mit der

---

[1]) Staudinger zu § 2108 Nr. 1.
[2]) Planck V zu 2176 Nr. 2, zu 2178 Anm.

Möglichkeit der Geburt von Drillingen rechnete, verbietet das bürgerliche Recht (§ 2043) eine solche Auseinandersetzung überhaupt, soweit die Erbteile noch unbestimmt sind. Das B. G. B. bezweckt damit natürlich in erster Linie ebenso den Schutz des nasciturus; es will aber auch auf diese Weise die bei der selten in der Praxis vorkommenden Geburt von Drillingen sich meist nötig machende Nachtragsteilung beseitigen. Diese Auseinandersetzung ist nur soweit ausgeschlossen, als die Erbteile auch wirklich unbestimmt sind, d. h. als es zum Schutze des nasciturus nötig ist. Ist z. B. die Geburt eines Enkels des Erblassers zu erwarten, der insofern sofort Erbe sein würde, weil sein Vater, der Sohn des Erblassers, vor diesem verstorben ist, so ist das Erbteil der Geschwister dieses zu erwartenden Enkels ungewiss; innerhalb dieses Stammes darf eine Erbteilung nicht stattfinden. Aber die Erbteile der Kinder des Erblassers sind davon unabhängig, bestimmt; eine Erbteilung nach Stämmen kann trotz der zu erwartenden Geburt eines Miterben sofort nach der Geburt eintreten.[1]) [2])

Aus diesem Grunde ist auch, soweit die Auseinandersetzung zu unterbleiben hat, die Erteilung eines Erbscheins ausgeschlossen, da eben dann weder ein Zeugnis über das Erbrecht noch über die Grösse des Erbteils ausgestellt werden kann; denn beide sind noch unbestimmt.[3])

Was die Ausschlagungsfrist beim nasciturus anbetrifft, so handelt es sich hier nicht um Rechte, welche zurückbezogen werden könnten, vielmehr beginnt auch hier die Frist mit dem Zeitpunkte, „in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt." Der Anfall selbst aber erfolgt erst mit der Geburt, wie wir eben gesehen haben. Deshalb läuft auch von hier ab erst die Ausschlagungsfrist (§ 1944).[4])

Eine Vorschrift sozialpolitischer Natur, ähnlich und denselben Motiven entsprungen wie die missio in possessionem ventris nomine enthält der § 1963. Die

[1]) Planck V zu § 2043 Nr. 1.
[2]) Staudinger zu § 2043 Nr. 1.
[3]) Meyer-Reis S. 154.
[4]) Staudinger zu § 1944 Note 40.

Rechte des nasciturus sollen oft nicht nur ihm aufbewahrt werden, sondern sollen, wenn es nötig ist, diesem selbst schon zu Gute kommen, natürlich soweit dies bei der Natur des nasciturus möglich ist, mittelbar durch die Mutter. Wenn nämlich diese Mutter ausser Stande ist, sich selbst zu unterhalten, so kann sie aus dem Nachlass oder dem Erbteil des Kindes standesgemässen Unterhalt verlangen. Hierbei ist ausdrückliche Bestimmung, dass die Geburt nur eines Kindes anzunehmen ist. Der zu erwartende natus muss natürlich erbberrechtigt sein, ab intestato oder ex testamento, ist gleichgültig. Diese Bestimmung ist, wie gesagt, sozialpolitischer Natur und bezweckt auch nur den Schutz des nasciturus, seine Erhaltung, sein Gedeihen bis zur Geburt und endlich eine glückliche Geburt selbst, namentlich in den minder bemittelten Bevölkerungsschichten. Dem Gesetzgeber erschien es widersinnig, wenn ein nasciturus, dem in Zukunft wertvolle Rechte zufallen sollten, Not leidet oder ganz untergeht, weil ein Zugriff zu diesen Rechten zwecks mittelbarer Unterstützung des nasciturus untersagt wäre. Natürlich konnte diese Unterstützung nur via Mutter erfolgen, die Mutter musste deshalb Anspruchsberechtigte werden, aber nur wegen einer Forderung auf Unterhalt, nicht wie im römischen Recht bei der missio in possessonem.[1]) Dass sich diese Bestimmung nur auf den Schutz des nasciturus erstreckt, ergibt sich daraus, dass Unterhalt während der Schwangerschaft, auch die Kosten einer möglichst guten Entbindung verlangt werden können, nicht aber das, was nur die Mutter selbst angeht, z. B. Wochenbettkosten.[2]) Anspruchsgegner ist hierbei der Nachlass oder dessen Vertreter. Dem widerspricht nicht der Wortlaut des Gesetzes „aus dem Erbteile der Kinder", denn der Nachlass ist ungeteilt, das Erbteil ist nur Berechnungsmassstab, bis zu welcher Höhe der Anspruch geltend gemacht werden kann.[3])

Was hier von dem zu erwartenden Erben galt, gilt ebenso auch für den Nacherben. Natürlich muss, wie dort im Falle der Erbfolge, hier der Fall der Nacherbfolge eingetreten sein (§ 2141 B. G. B.).

[1]) Staudinger zu § 1963 Note 1.
[2]) Planck § 1963 Note 3.
[3]) Binder, Rechtsstell. S. 205 fg.

Bei allen diesen Betrachtungen war immer von dem nasciturus, als dem werdenden Menschen, die Rede. Aehnliche Grundsätze gelten aber auch für die im Werden begriffene Stiftung; auch hier kann man von einem nasciturus sprechen. Eine Stiftung nämlich ist dann mit dem nasciturus auf gleicher Stufe stehend, wenn ihr noch nicht die staatliche Genehmigung geworden ist. Der Grund ist schon gelegt. Die staatliche Genehmigung aber macht sie erst fähig, Rechte und Pflichten zu erwerben. Der Tag, an welchem ihr die staatliche Genehmigung zu Teil wird, ist ihr Geburtstag; wird diese versagt, so ist sie nie begründet worden. Wird nun eine solche Stiftung erst nach dem Tode des Erblassers existent, dadurch dass ihr die noch fehlende Genehmigung des Staates zu Teil wird, so gilt sie laut positiver Bestimmung des § 84 B. G. B. betreffs der ihr gemachten Zuwendungen des Stifters für schon vor dem Tode des Stifters entstanden. Es ist dies derselbe Fall wie in § 1923: Wenn heute der Stifter, nachdem er die Stiftung begründet und den Antrag auf Genehmigung der Stiftung gestellt hat, stirbt, so werden dem nasciturus, der werdenden Stiftung, die Rechte aus den Zuwendungen, die dem natus, der genehmigten Stiftung, gebühren, bis zu der Geburt, der Genehmigung, aufgehoben, und dann auf die Zeit vor dem Tode zurückbezogen, sodass ihr Zuwendungen plus Nutzungen gebühren.[1]) [2]) Wird die Genehmigung versagt (Totgeburt), so war die Stiftung auch nie begründet, sondern die andern Berechtigten treten vom Todesfall ab gerechnet ihre Rechte an.

Diese Parallele zwischen Erzeugtsein und Geborensein einerseits und begründet werden und nach staatlicher Genehmigung zur Entstehung kommen andrerseits gilt aber nur für Stiftungen, nicht für juristische Personen im allgemeinen. Diese stehen vielmehr betreffs der Nacherbschaft und des Vermächtnisses dem nondum conceptus gleich, d. h. Anfall und Erwerb erfolgt erst mit der Entstehung und auch die Wirkungen derselben datieren von der Entstehung an (§ 2106 Abs. 2, 2178 B. G. B.).[3])

---

[1]) Planck § 1923 Anm. 4.
[2]) Staudinger desgl. Anm. 1.
[3]) Planck zu 2178 Anm.

Betreffs des Erbewerdens gilt für sie streng § 1923 Abs. 1: „Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.“ [1]) Dies sagt § 2101 Abs. 2 noch ausdrücklich: „Wird eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht existente juristische Person zum Erben eingesetzt, so gilt sie im Zweifel als Nacherbe.“ Die Stiftungen machen davon eine ausdrückliche Ausnahme (§ 84, 2101), wie beides aus der Natur der juristischen Personen im allgemeinen, deren Entstehung nichts positives, nichts kontrollierbares ist, der Stiftung im besonderen, welche eben in ihrem Innern schon fest gefügt dasteht und nur noch in ihrem Verhältnis zur Aussenwelt der staatlichen Sanktion bedarf, welcher in dieses materielle Gefüge selbst nicht mehr eingreifen kann, sondern dieses einfach dulden oder beseitigen muss.

β. Im Obligationenrecht.

Nicht nur im Erbrecht finden sich Schutzvorschriften für den nasciturus. Im Obligationenrecht leuchtet der § 844 B. G. B. hervor. Hier ist vorgeschrieben, dass der Ersatzpflichtige aus §§ 823 fg. B. G. B. im Falle der Tötung eines andern einem Dritten gegenüber insofern zum Schadensersatz durch Entrichtung einer Geldrente verpflichtet ist, als der Getötete im Verhältnis zum Dritten ein gesetzlich verpflichteter Alimentator war; diese Rentenpflicht soll natürlich nur eintreten, wenn der Alimentenempfänger durch die Tötung seines Rechts auf Alimente verlustig geht, und soll solange dauern, als der Getötete voraussichtlich seiner Alimentenpflicht genügen konnte oder musste. Diese Schadensersatzpflicht tritt nun auch schon ein, wenn zur Zeit der Tötung diese Alimentationspflicht noch nicht bestand, deshalb, weil der Dritte zwar schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist. Auch hier soll der nasciturus geschützt werden. Die Rechte, die dem nasciturus sonst ganz sicher gestellt waren, waren durch den Töter zerstört worden; er haftet deshalb für den Schaden auch dem nasciturus gegenüber, dem zu seinem Schutze auch die daraus entspringenden Rechte bis zu seiner Geburt bewahrt werden.

---

[1]) Planck zu 1923 Anm. 4.

c. Wie wird dieser durchgeführt?

Die Bestimmungen des Familienrechts zum Schutze des nasciturus handeln von der Pflegschaft, die dem nasciturus seine Rechte wahren soll. Nur der § 1716 gibt noch eine positive Schutzmassregel. Es kann nämlich hiernach beim Vorhandensein eines ausserehelich erzeugten nasciturus auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung der Vater zur Zahlung der Alimente für die ersten drei Monate alsbald nach der Geburt dadurch gezwungen werden, dass er schon vor der Geburt den betreffenden Betrag hinterlegen muss. Hierdurch werden die Rechte, die dem Kinde sofort mit seiner Geburt zufallen, sichergestellt; die Realisation dieser Rechte, die oft bitter nötig ist, kann nicht mehr verzögert oder böswillig hingeschleppt werden. Es ist dies auch eine Bestimmung, die sich auf das Dasein des nasciturus stützt, und in diesem schon die Rechte des späteren natus schützen will.

Die übrigen Bestimmungen des Familienrechts handeln, wie gesagt, von dem Pfleger, der alle diese Rechte des nasciturus wahrnehmen soll. Eine Ausnahme macht der oben erwähnte Fall des § 1716 B. G. B. Es sollen ja hier auch nicht eigentliche Rechte des nasciturus aufbewahrt werden, sondern mehr aus praktischen Gründen die der Verwirklichung dieser Rechte entgegenstehenden Hindernisse beseitigt werden. Die Rechte werden nicht aufbewahrt, sondern schon geltend gemacht. In dieser Hinsicht wird dem nasciturus kein Pfleger bestellt, sondern die Mutter vertritt hierbei das Kind, sie macht die diesem zukünftig zufallenden Rechte geltend, indem sie den Antrag aus § 1716 stellt.[1]) Aehnlich liegt der Fall im § 1963, wo die Mutter ja selbst aktiv legitimiert ist, und natürlich zur Wahrnehmung des Schutzes des nasciturus ein Pfleger nicht bestellt werden kann.

Im übrigen wird, wie schon gesagt, dem nasciturus ein Pfleger bestellt, „zur Wahrnehmung seiner künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen“ (§ 1912). Der besonderen Fürsorge aber bedürfen diese nicht, wenn ein Vater oder eine Mutter vorhanden sind, welche

[1]) Fischer-Heule § 1716 Anm. 2.

im Falle der vollendeten Geburt die elterliche Gewalt haben würden; denn ihre elterliche Gewalt umfasst auch die Fürsorge für die Rechte des nasciturus (§ 1912 S. 2). Dies trifft nie zu bei unehelichen Kindern; ist bei einem solchen nasciturus die Fürsorge für seine künftigen Rechte nötig, so muss immer ein Pfleger bestellt werden.[1]) Natürlich kann der Fall auch bei einem ehelichen nasciturus eintreten. Der Pfleger wird vom Vormundschaftsgericht nach § 1909 ernannt; im übrigen richtet sich die Pflegschaft nach den für die Vormundschaft geltenden Regeln (§ 1915), soweit sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt.

Die Pflegschaft endigt mit der Geburt des Kindes selbst kraft Gesetzes (§ 1918 Abs. 2). Tritt diese Geburt nicht ein, etwa bei Totgeburt, so ist sie vom Vormundschaftsgericht aufzuheben, da nunmehr der Grund der Bestellung, die Fürsorge für den zukünftigen Menschen, wegfällt (§ 1919).

Nach § 1960 wird die Pflegschaft eingesetzt für den, der Erbe wird; die Rechtshandlungen des Pflegers sind und bleiben also gültig, sei es nun, dass ein natus Erbe wird, für diesen, sei es, dass der durch den nasciturus beschränkte Erbe nach Wegfall des nasciturus Erbe wird, für diesen.

---

[1]) Fischer-Heule § 1912 Anm. 5.

TEIL II.

Die Theorie dieses Rechtsschutzes.

A. Überblick über die Autoren.

a. Annahme wirklicher Rechte.

1. Fiktion und juristische Person.

Die Aufgabe, das Wesen dieses dem nasciturus gewährten Rechtsschutzes zu erkennen, von einer einheitlichen Theorie aus zu begreifen, zu durchdenken, wie er sich aus dem Wesen des Rechts begründet, hat sich zuerst Savigny gestellt. Seine Theorie ist die Fiktionstheorie, die namentlich für das Problem der juristischen Person lange Jahrzehnte die Wissenschaft beherrscht hat und teilweise noch heute beherrscht, weshalb ein näheres Eingehen auf diese Theorie sich rechtfertigt. Die römisch-rechtlichen Ausdrücke: pro jam nato habetur, personae vice, heredis vice fungiter[1]) deuten zwar schon auf den Fiktionsbegriff hin. Glossatoren und Postglossatoren, auch das kanonische Recht kannten wohl schon den Fiktionsbegriff, aber nicht hatten sie ihn zum Zwecke einer Erklärung des Wesens des fingierten, sondern nur zur Ausbildung des Rechts, zur praktischen Rechtsgestaltung,[2]) zur Anpassung der alten Quellen an moderne Rechtsverhältnisse.[3]) Die römischen Juristen setzten bei dem Drange nach praktischer Rechtsgestaltung das innere Wesen der Rechtsinstitute mehr voraus, als dass sie es wissenschaftlich darlegten,[4]) die kasuistische Methode des

[1]) Savigny § 85 am Schluss.
[2]) Binder, Probl. S. 33.
[3]) „ „ S. 3.
[4]) Mitteis S. 340.

corpus juris zeugt davon. Die hierüber aufgestellten Theorieen sind dann meist erst Werke der Scholastik.[1])

[2])Die Fiktionstheorie fingiert teils natürliche teils juristische Personen, um zum Ziele zu kommen, andre nehmen subjektlose Rechte an; in beiden Fällen handelt es sich um präsente Rechte. Andre leugnen das Vorhandensein präsenter Rechte und sprechen von künftigen, bedingten Rechten, von Schwebezuständen, oder sie leugnen überhaupt das Vorhandensein irgendwelcher subjektiven Berechtigung. Hierbei gehören die einzelnen Vertreter dieser oder jener Theorie nicht klar zu dieser oder jener Kategorie, sondern oft gehen diese Kategorieen in einander über.

α. Savigny.

Savigny geht davon aus: Was ist Recht? Was ist Rechtssubjekt und wer ist demgemäss Rechtssubjekt?[3]) Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: „Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig.“ Der Mensch ist rechtsfähig, Rechtssubjekt, Rechtsträger. Und doch gibt es noch andre Rechtssubjekte; diese Tatsache, aus der Rechtsordnung mit Zwang zu schliessen, besteht für Savigny; damit muss er sich abfinden:[4]) „Wir betrachten sie (die Rechtsordnung) jetzt ausgedehnt auf künstliche, durch blose Fiktion angenommene Subjekte. Ein solches Subjekt nennen wir eine juristische Person d. h. eine Person, welche blos zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.“

---

[1]) Binder, Probl. S. 104.
[2]) Einteilung des folgenden im wesentlichen wie Oertmann Komm. S. 5.
[3]) Savigny § 60.
[4]) „ § 85.

Ein solcher fingierter Rechtsträger ist auch der nasciturus.[1]) Er ist nicht Mensch, denn er ist noch nicht geboren. Und doch ist von der Rechtsordnung seine Geburt und damit die Betätigungsmöglichkeit einer sittlichen Persönlichkeit fingiert; damit ist eine Person, wenn auch nur zu juristischen Zwecken, geschaffen. Diese juristischen Zwecke werden aber nun in Wirklichkeit verfolgt, und es entstehen wirkliche Rechtsverhältnisse zwischen dem fingierten Rechtsträger und der Aussenwelt, und diese bleiben bestehen, wenn die Fiktion nicht zusammenbricht, wenn sie nicht ihrer notwendigen Grundlage, der Erwartung auf die lebendige Geburt, beraubt wird. Ist diese durch die Tatsachen widerlegt, so hat auch nie eine Fiktion bestanden; wird sie bestätigt, so tritt das neue Rechtssubjekt als das stärkere an die Stelle der Fiktion. Der Gedankengang ist der: Beide,[2]) der eigentliche Erbe und der natus fictus sind Erbprätendenten, Erben unter einer Resolutivbedingung, nämlich die Geburt oder Nichtgeburt, die für den einen oder den andern das Erbrecht auflöst. Die Geburt oder Nichtgeburt ist das rechtskräftige Urteil in dem Prozesse der Erbprätendenten, in welchem der Richter Staat die strittige Erbschaftsmasse durch einstweilige Verfügung zwecks Sicherung für den obsiegenden der Verfügung der Parteien entzogen hat. Jetzt gibt er es dieser oder jener Partei frei, natürlich in dem Zustande, wie es zu Beginn des Prozesses war und wie es inzwischen geworden ist; denn er hatte es nur aufgehoben, der freien Verfügung entzogen, für diesen oder jenen verwaltet. Mit der Abweisung des natus fictus mangels erfolgter Lebendgeburt zerfällt dieser wieder in nichts; denn eine Säule der Fiktion war die zukünftige Geburt. Diese Säule hat es nie gegeben; deshalb stürzt auch das ganze Gebäude der Fiktion zusammen, einen natus fictus hat es nie gegeben, auch keinen solchen Prozess zwischen den Erbprätendenten; man kehrt aus dem Reich der Gebilde in die Wirklichkeit zurück. Der zur Zeit des Erbfalls lebende Erbe war vom Erbfall an Erbe.

---

[1]) Savigny § 62.
[2]) Mathias II S. 458 Nr. 2, S. 459 Nr. 3.

Erweist sich jedoch die Säule der Fiktion, die zukünftige Geburt, als stark, so bleibt das Gebäude, das fingiert war, nicht nur stehen, es ist zur Wirklichkeit geworden; der natus war schon zur Zeit des Erbfalls da, zwar nicht in Bezug auf den Anfall der Erbschaft, denn dem widerspricht die Wirklichkeit, aber in Bezug auf diese veränderlichen Rechte selbst, er erwirbt sie heute, wie sie damals waren, modifiziert durch die in der Zwischenzeit vorgegangenen Veränderungen, der in Wirklichkeit erst mit der Geburt erfolgte Anfall und dessen Wirkungen werden auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen.

β. Rudorf Puchta.

Im Ausgangspunkt, Folgerung und Resultat gleich obigem Rudorf zu Puchta:[1]) „Indem wir den Menschen in seinen rechtlichen Beziehungen betrachten, heben wir dies an ihm hervor, dass ihm die Möglichkeit eines Willens zukommt. Wir abstrahieren von seinen individuellen Eigenschaften und Zuständen, die für die moralische Qualifikation seines Willens entscheidend sind, oder geben ihnen wenigstens nur eine untergeordnete Bedeutung und stellen jene über der individuellen Verschiedenheit stehende gleichmässige Macht oder Möglichkeit des Willens an die Spitze. Als Subjekt eines solchen in der Potenz gedachten Willens heissen die Menschen Personen, mit diesem Wort wird daher ihre Stellung im Recht bezeichnet. Persönlichkeit ist daher die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subjekt rechtlicher Beziehungen ist. Sie ist durch allgemeine Rechtsvorschrift mit der Existenz des menschlichen Individuums verknüpft."

[2])„Die Menschen sind die natürlichen Personen, indem bei ihnen die Persönlichkeit an ein Subjekt von natürlichem Dasein geknüpft ist. Das Recht hat aber auch Personen aufgestellt, die eine blos ideelle Existenz haben, insofern das Subjekt der Persönlichkeit bei ihnen nur ein Begriff ist." „Solche Personen heissen juristische

[1]) Rudorf § 22.
[2]) Iod. § 23.

oder fingierte.“ „Die Gesamtheit oder der Zweck selbst ist in solchen Fällen als berechtigtes Subjekt betrachtet, und somit als Person fingiert worden.“

Diese allgemeinen Ausführungen wendet er auf den nasciturus an:[1])

„Vermöge dieser Berücksichtigung (des nasciturus im Recht) hat schon der ungeborene Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas“ und hierzu

[2])„Die Persönlichkeit, die den Tod überdauert, ist nur die juristische, in dem Hinterlassenen fingierte.“

γ. Sturm.

Dieselbe Theorie dieses Rechtsschutzes finden wir bei Sturm.[3]) Er spricht von einer „Fiktion, die nur in ganz einzelnen Rechtsbeziehungen anwendbar ist und nur unter der Voraussetzung gilt, dass die Lebendgeburt wirklich stattfindet. Der Ungeborne erwirbt nicht Rechte, sondern die Rechte sind ihm nur vorbehalten und zwar nicht in seiner Eigenschaft als ungeborner, sondern immer nur in der Voraussetzung, dass er dereinst durch die Geburt die Rechtsfähigkeit erlangt.“

δ. Beseler

fingiert[4]) die Persönlichkeit des Erblassers über den Tod hinaus.

ε. Bunsen[5])

meint wohl die fingierte juristische Persönlichkeit, wenn er deduziert: Die Rechtsfähigkeit ist beim Menschen eine natürliche Eigenschaft; wenn sie nicht beim Menschen vorhanden ist, so ist sie eine juristische, vom Recht zugelegte Eigenschaft.

ζ. Kohler.

Kohler[6]) lehnt grundsätzlich jede Fiktion ab: Jedes Ding, dem die Rechtsordnung Rechte zustehen lässt, ist

[1]) lod. § 114b.
[2]) lod. § 115a.
[3]) in Grünhuts Beiträgen S. 279.
[4]) Beseler Bd. I.
[5]) Bunsen S. 37.
[6]) Kohler S. 320.

Persönlichkeit, nicht fingierte, sondern wirkliche, selbst die Pflanze würde dies sein. Und doch fingiert Kohler, wenn er es auch nicht sagt, eine juristische Person:[1]) Dort erwähnt er den nasciturus als Fall einer stillschweigenden oder richtiger gesagt, konstruktiven juristischen Persönlichkeit d. h. solcher, die nicht besonders begründet werden, sondern von selber durch die Entwicklung der Verhältnisse entstehen und zwar darum, weil die Ausführung der Gedanken der Rechtsordnung nur durch Vermittlung einer juristischen Person erfolgen kann, so dass die juristische Person ein notwendiges Hilfsmittel ist zur Erreichung rechtlicher Ziele.“ „Einstweilen liegt eine schwebende Stellung vor, und es müssen seine Interessen gewahrt werden für den Fall, dass es künftig als rechtsfähiges Wesen geboren wird. Das kann nur in der Art geschehen, dass einstweilen eine juristische Persönlichkeit konstruiert wird, welche im Interesse des etwa künftigen Kindes handelt; ihr Organ ist der Pfleger der Leibesfrucht.“ Was ist aber dies „notwendige Hilfsmittel“ oder die „einstweilige Konstruktion einer juristischen Persönlichkeit“ anders, als eine Fiktion?

2. Annahme subjektloser Rechte.

α. Windscheid.

Auch Windscheid[2]) geht als Savignyschüler davon aus, dass nur der willensfähige Mensch Rechtssubjekt sein könne: [3])„Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft“ (letzteres z. B. das Recht zu veräussern). „In[2]) den Quellen heisst es schlechthin, der ungeborne wurde bereits als geboren angesehen, — ungenau, denn wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so ist er auch in rechtlicher Beziehung nie Mensch gewesen.“

[4])Fallen dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben;

[1]) Kohler S. 354.
[2]) Pandekten I § 52 Anm. 5.
[3]) a. a. O. § 37.
[4]) a. a. O. § 52 im Text.

von der andern Seite aber ist der Anfall nicht nichtig, wenn nur das Kind hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjekt anerfallen. Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie einstweilen als subjektlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden.“ Im letzten Ende kommt auch Windscheid auf die Fiktionstheorie zurück, wie sich namentlich aus seiner Stellung zur juristischen Person ergibt.

β. Auch Hachenburg[1]) nennt die Rechte subjektlos, die im Recht enthaltene Fiktion kann nicht standhalten: „Alle Rechte des nasciturus sind künftige Rechte; sie sind aber doch schon vorhanden; denn zu ihrer Wahrung wird der Pfleger bestellt. Was ihnen fehlt, ist das Rechtssubjekt. Das Objekt ist vorhanden; der Verpflichtete, der zu leisten hat, das Vermögen, das geerbt wird, sie harren des künftigen Herrn. Die Gebundenheit, tritt ein, ohne dass sie eine endgültige ist. Die passive Seite der Rechte ist gegeben ohne die aktive.“

γ. Brinz.

Auch Brinz ist Gegner der Fiktionstheorie, und kennt mit seiner auch hier anzuwendenden Theorie vom Zweckvermögen natürlich auch in diesem Falle nur subjektlose Rechte. Er leugnet[2]) die juristische Person wie die Fiktion, denn er bemerkt, „dass man durch Aufstellung eines fingierten Subjekts auch nur eine fingierte Zuständigkeit erreicht; dass einem fingierten Subjekte nichts in Wirklichkeit gehören kann; dass also die Notwendigkeit, das Ding, wofür und wozu das herrenlose Vermögen in Wirklichkeit gehört, zu suchen und zu nennen, der Fiktion ungeachtet stehen bleibt.“ (Vergl. auch seine Ablehnung der Fiktion S. 983). Diese Notwendigkeit ist aber garnicht vorhanden. Das Gehören (der Rechte) kann, wie er weiter ausführt, sein Verbindung zwischen Person und Gut oder eine Verbindung zwischen Gütern und Zwecken (pertinere ad aliquid). Herrenlos kann trotzdem „befriedet“ und noch in höherem Masse als

[1]) Hachenburg S. 67, 68 (Vortr.)
[2]) § 226.

sonst sein. Der Grund dieser Befriedung aber „läge doch unmöglich in der blosen Negation, dass das Ding keiner Person gehöre, sondern notwendig in etwas positivem; letzteres aber in nichts anderem, als dass das Ding zu etwas und für etwas ist und gehört, wofür das Recht selbst will, dass es gehört, in einer Beziehung des Dinges zu einem gewissen Zwecke, die das Recht geradeso anerkannt wissen will, wie die durch gewisse Tatsachen geschaffene Beziehung eines Dinges zu einer Person und die darum nicht minder von rechtlicher Natur wäre als diese.“ Hierbei schliesst das „einer Person gehören“ und „einem Zwecke gehören“ sich gegenseitig aus. Ein solcher Zweck ist auch der Schutz des nasciturus: „Embryonen[1]) denkt auch das Recht nicht als Menschen und verfährt doch nicht unlogisch, wenn es sie einsetzen . . . lässt. Eine „juristische Persönlichkeit“ (cf. Rudorf) dürfen wir aber darum vielleicht aus mehr als einem Grunde denselben nicht beimessen.

δ. Aehnlich drückt sich auch Ihering ebenfalls vom Zweckbegriff[2]) ausgehend aus. Möglich ist die Bestimmung des Vermögens für Destinatäre.[3]) Das Recht ist hier unpersönlich, es besteht kein subjektives Recht, lediglich mittels des Gedankens der Gebundenheit des Rechtsobjekts vollzieht sich der Rechtszweck.

ε. Aehnlich verwendet auch Leonhard[4]) den Zweckbegriff: Eine juristische Person — auch hier auf den nasciturus anzuwendender Satz — ist eine durch Rechtssatz anerkannte Verwaltung fremden Vermögens, das nicht der Willkür eines einzelnen Menschen oder seines Vertreters, sondern einem bestimmten Zwecke dienstbar sein soll. Sie ist kein Zweckvermögen, sondern sie hat ein Zweckvermögen. Sie ist eine Zweckverwaltung. Die Verwaltung als solche also für das Vermögen, das dem nasciturus zufallen soll, hält er für eine juristische Person:

[5])„Einige vom bürgerlichen Gesetzbuch geordneten Rechtsverhältnisse werden den juristischen Personen nicht

[1]) § 15.
[2]) S. 415.
[3]) S. 390 sp.
[4]) S. 103.
[5]) S. 110.

beigezählt, obwohl sie die Begriffsmerkmale an sich tragen. Dahin gehört die Erbschaftsverwaltung für den nasciturus.“ [1])„Das B. G. B. kleidet diesen Gedanken in die Form der Fiktion, die man nicht streng wörtlich nehmen darf. Fiktionen sind eben blose Darstellungsmittel eines Gedankens und gelten deshalb auch nur soweit, als sie es sein wollen.“

Zu a.

Alle diese Theorieen haben einen gemeinsamen Ausgangspunkt; sie folgern das Recht aus dem ethischen Willen, und konsequent hierzu ist der gemeinsame Satz: Nur der lebende Mensch ist rechtsfähig. Gibt es also noch andre Rechtsträger in der juristischen Welt, so muss man sich mit diesen abfinden, so gut es geht, durch Bildung eines Analogons zum Menschen (Fiktion oder juristische Person) oder durch Personifizierung des vermeintlichen Rechtsträgers oder des aus den objektiven Berechtigungen, die mit den Augen wahrnehmbar sind, zu folgernden Zweckes.

Die Fiktionstheorie und Annahme einer juristischen Person sind, wie Leonhard richtig sagt, blose Darstellungsmittel eines Gedankens, den Gedanken selbst verraten sie nicht. Auch der Fiktion gegenüber bleibt die rein tatsächliche Realität[2]) des nasciturus bestehen, die Fiktion bringt also nicht weiter; und dies auch schon deshalb, weil wir keine Erklärung dafür finden, [3])warum im Gegensatz zum früheren Recht das B. G. B. keine allgemeine Schutzregeln für den nasciturus aufstellt, sondern sich auf einzelne spezielle Bestimmungen, die auf diesen Zweck hinzielen, beschränkt.

Man kann dem nasciturus unmöglich, nur um ihm die Fähigkeit des Trägers von Rechten zu geben, eine Eigenschaft andichten, die er nicht besitzt, nämlich das Lebendig geboren sein.[4]) Auch Unmündige und Geisteskranke, die keinen Willen haben und doch nicht rechtlos sind, sind keine Fiktionen.

---

[1]) S. 71/73.
[2]) Cosack I S. 91.
[3]) Oertmann I S. 6.
[4]) Cosack S. 91 fg.

Schon Bernhöft[1]) wies auf die wahre Bedeutung der Fiktionen hin: „Nur möchte ich der Fiktion den mystischen Charakter, den man ihr häufig mehr oder weniger deutlich zuschreibt, mit aller Bestimmtheit absprechen. Sie ist lediglich eine in der Gesetzestechnik zur Anwendung kommende Denkform, nicht mehr und nicht weniger. Die bisweilen mehr oder weniger verhüllt auftretende Ansicht, als ob das fingierte eine Art juristischer Wahrheit sei, oder als ob es sich der Richter wenigstens unter einer Art von Hypnose als wahr vorstelle, ist falsch. Das fingierte ist durch die Fiktion keineswegs wahr, wohl aber treten in dem Anwendungsgebiete des betreffenden Rechtssatzes dieselben Folgen ein, wie sie das fingierte gehabt haben würde. Damit erledigt sich auch die Frage, ob die fingierten Rechte wirklich Rechte sind. Das fingierte Recht ist ebenso wenig ein wirkliches Recht, wie die fingierte Tatsache eine wirkliche Tatsache ist, aber durch Fiktion entstehen Rechte und das sind wirkliche Rechte."

Auch durch Annahme subjektloser Rechte kommt man nicht zum Ziele. Zwar ist es logisch, wenn man sagt: Rechte kann nur der willensfähige Mensch haben; es gibt aber tatsächlich in der Rechtswelt weitere Rechte, die nicht der Mensch hat; folglich müssen diese subjektlos sein. Ebenso logisch ist es aber, wenn wir sagen: Wir suchten ja aber grade nach dem angeblich fehlenden Subjekte; die Erklärung, es gibt keins, bringt uns also nicht weiter. Zudem gibt diese Theorie, die doch behauptet, dass alles Recht seinen Ausgangspunkt im ethischen Willen des Menschen habe, keinen Aufschluss darüber, wieso Rechte auch ohne diesen Ausgangspunkt bestehen können; es folgert vielmehr aus dem Erkenntnis rein tatsächlichen Bestehens solcher nach dem Ausgangspunkt unmöglichen Rechte.

Cosacks Argumentation[2]) gegen die Zweckvermögenstheorie bei juristischen Personen passt analog, wenn auch mit Einschränkungen, auch hierher: „Diese Auffassung geht gewaltsam darüber hinweg, dass ein Subjekt des Zweckvermögens in Wahrheit vorhanden ist, nämlich die

[1]) S. 381.
[2]) S. 91 fg.

organisierte Anstalt; es fehlt jeder Grund, die Anstalt nicht als Subjekt des Vermögens anzuerkennen. Mit dem gleichen Rechte könnte man auch sagen, das Vermögen der physischen Person sei herrenlos und werde mit dem Zweck zusammengehalten, welchem dieser Mensch auf der Erde dient.“ „Sie — nämlich die Annahme subjektloser Rechte — ersetzt die Unbegreiflichkeit eines unsichtbaren Subjekts durch eine andre Unbegreiflichkeit, die Annahme von Rechten ohne einen Berechtigten.“

In diesem Ausgangspunkt, dem Ursprung allen Rechts n dem sittlichen Willen des Menschen, liegt das Hindernis zur Erkenntnis, der Fiktions- und Zweckvermögenstheorie liegt dieser Ausgangspunkt zu Grunde; daran müssen sie scheitern.[1]) Auch Windscheid und Brinz haben dies erkannt. Windscheid:[2]) „Dieser Auffassung — die Rechte haben kein Subjekt, nur eine Bestimmung — widerspricht aber ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, der durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl.“ Brinz:[3]) „Ein Vermögen, das keiner Person gehört, kann sich aus Rechten, die begrifflich nur Personen gehören, nicht zusammensetzen.“

b. Annahme künftiger und bedingter Rechte oder eines Schwebezustandes und Ablehnung von Rechten überhaupt.

Die andern Theorieen suchen nicht nach dem Rechtsträger, sie sprechen den Rechten die Präsenz ab, indem sie von künftigen oder bedingten Rechten oder von einem Schwebezustand während der Daseinsdauer des nasciturus sprechen.

1. Gierke: Wenn auch etwas anders, so ist sein Ausgangspunkt teilweise doch derselbe wie oben: [4])„Das subjektive Recht ist äussere Willensmacht oder Willensgebundenheit, Herrschen und Beherrschtsein“ mit dem

[1]) Binder, Probl. S. 17.
[2]) bei Binder, Probl. S. 15.
[3]) „ „ „ S. 17.
[4]) Gierke I S. 253.

Ziel der Befriedigung leiblicher und geistiger Bedürfnisse, auf Genuss, Anteil an Lebensgütern; also nicht bloser Wille, wobei allerdings der Wille das primäre ist. Und demgemäss kommt er auch zu der Konsequenz: [1]) „Menschen sind die einzigen Rechtssubjekte, die Menschen aber können als einzelne oder als Verbände das Recht der Persönlichkeit haben" d. h. Rechtssubjekte sein, nicht deshalb der nasciturus. „Es tritt[2]) also beim nasciturus bedingter Rechtserwerb ein, der als nicht geschehen gilt, wenn keine Persönlichkeit entsteht", dazwischen ist ein „Schwebezustand".

2. Endemann spricht von Rechten,[3]) „die analog den bedingten Rechtsverhältnissen in einem Schwebezustand gehalten werden, so dass sie nicht untergehen, und nicht von anderen Personen definitiv erworben werden können, bevor nicht die Bedingung entschieden ist." „§ 1923 legt mindestens in den Wortlaut eine Fiktion hinein, die überflüssig ist und irreführen kann. § 1923: Das ist die Uebersetzung der römischen Sentenz: nasciturus pro jam nato habetur. Während diese aber nur eine „dogmatische Fiktion" enthielt, die unsre Auslegung bei Seite schieben konnte und dürfte, so haben wir es hier mit einer bindende Kraft beanspruchenden gesetzlichen Norm zu tun. Diese Fiktion ist ausserdem falsch formuliert. Es gilt durchaus nicht jeder nasciturus, wie wenn er bereits geboren wäre, denn wenn die Leibesfrucht abstirbt und das Kind totgeboren wird, dann ist der nasciturus überhaupt nie juristisch dagewesen. Ausserdem ist ihm keineswegs ein Geburtstag fingiert, wie der Wortlaut besagt, den er etwa als Altersvorzug oder als Berechnung einer ihm ausgesetzten Rente benutzen könnte. Auch alle Persönlichkeitsrechte werden erst von und mit der Geburt gezählt. Erst recht nicht können andre sich auf die Fiktion berufen und daraus Rechte für sich begründen. Daraus folgt, dass die verunglückte Fassung des § 1923 II uns nicht binden kann und darf." „Es sind hier subjektlose Rechte bestätigt, die vermöge der gesetzlichen Gebundenheit der Erbschaft

[1]) Gierke I S. 267.
[2]) a. a. O. S. 357.
[3]) Endemann S. 96 fg.

oder eines Versprechenden in dem Zustand der Schwebe gehalten werden bis das destinierte Rechtssubjekt erscheint" (Winkulierung des Nachlasses) „nicht aber werden Rechtssubjekte anerkannt, die schon vor der vollendeten Geburt existieren." Ferner: [1])„Die juristische Erklärung beruht auf der Annahme eines Schwebezustandes, wonach die Rechte kraft Gesetzes die Zwischenzeit ohne Rechtssubjekt überdauern, vermöge der Bereitschaftswirkung aber sofort anfallen, wenn der Rechtsdestinatär lebend geboren wird." [2])„Hier muss die Rechtsordnung einsetzen; denn sie vermag allerdings die Voraussetzungen des Bestands der Rechte nach Bedürfnis abzuwandeln. Sie kann ein Recht ohne Subjekt entstehen lassen, nicht aber nach Belieben für das Recht ein Subjekt erzeugen."

3. Bedingte Rechte nimmt auch Eck an,[3]) „da das Gesetz diese Rechte nur als künftige kennt, so können sie nicht schon als vor der Geburt „vorhandene" „subjektlose" aufgefasst, und die erforderlichen Rechtshandlungen auch nur entweder im Namen des Kindes unter der Bedeutung, dass es lebend zur Welt kommt, oder im Namen des Pflegers vorgenommen werden. Der letztere kann auch als Prozessführer im Interesse des Kindes auftreten; denn ein solcher ist, wie das Beispiel des Testamentsvollstreckers zeigt, nicht notwendig identisch mit dem, auf welchen der verfolgte Anspruch lautet.

4. Kniep[4]) kommt auf bedingten mittelbaren Besitz: „Das ist (§ 1923) die Sprache der Fiktion, die nicht im Stande ist, die Wirklichkeit umzugestalten." „Der Pfleger des nasciturus nimmt den Nachlass in Besitz. Daneben erlangt der Erbe mit der Geburt nur mittelbaren Besitz. Vor der Geburt ist dieser mittelbare Besitz ein bedingter."

5. Heymann[5]) kommt zu resolutiv bedingten Rechten des ursprünglich berufenen und damit eventuell auf eine zweite Universalsuccession. Die Rechtsnatur des nasciturus untersucht er nicht weiter: Die Verwaltung

---

[1]) S. 118.
[2]) Anm. 16 a. a. O.
[3]) S. 37/8.
[4]) S. 183.
[5]) S. 60.

des Berufenen für den, der Erbe wird, „den es angeht“ in den Motiven ist unbefriedigend. „Diese Konstruktion ist unbefriedigend, schon weil sie vollkommen unentschieden lässt, wer eigentlich das Subjekt der Nachlassrechte in der Zwischenzeit ist. Richtiger wird man wohl das vom B. G. B. geschaffene Verhältniss so ansehen dürfen, dass dem ursprünglich berufenen alle Nachlassrechte und Pflichten resolutiv bedingt wirklich anfallen, während der Nachrückende nur ein subjektiv bedingtes Recht auf den künftigen Erbanfall erwirbt; erfüllt sich dann durch Totgeburt des nasciturus, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit die Bedingung, so enden die Rechte und Pflichten des ursprünglich berufenen und das Recht des Nachrückenden tritt nunmehr in Kraft, mit andern Worten, es findet eine zweite Universalsuccession statt.“

[1])„Dahingestellt kann dabei bleiben, ob für den nasciturus die Rechte als vorübergehend subjektlos nur reserviert werden, oder ob nicht doch der nasciturus ein wirkliches Rechtssubjekt ist und sein kann, weil er — obwohl pars matris und noch nicht Mensch — grade als werdender Mensch von allen sonstigen Körperteilen der Mutter und andrerseits von allen sonstigen körperlichen Sachen wesentlich verschieden ist.“

6. Auch Karlowa[2]) geht, gestützt auf Hegel, davon aus, das Wesen des Rechts sei die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens; dies führe aber nicht zur Notwendigkeit der Annahme subjektloser Rechte beim nasciturus: „Mit dieser faktischen Ungewissheit (qui nasci speratur) ist eine rechtliche Pendenz der Rechtsverhältnisse, in welche der nasciturus, falls er als Person existierte, treten könnte, verbunden. Mit der Geburt des Menschen wird diese Pendenz beseitigt: es zeigt sich rückwärts, in welcher rechtlichen Lage der nun sicher vorhandene Mensch seit dem ersten Beginn seiner Existenz, seit der Konzeption sich befand. Jetzt kann er auch als während der Zeit, wo er sich in utero befand, in Rechtsverhältnissen stehend, als Rechtssubjekt angesehen werden.“

---

[1]) a. a. O. Anm. 4.
[2]) bei Grünhut 15, 381 fg.

7. Die subjektive Berechtigung des nasciturus für die Gegenwart leugnet Hölder in seinem Kommentar:[1]) „Es handelt sich dabei um eine Fürsorge nicht für die zur Zeit allein existierende Leibesfrucht, sondern für das möglicher Weise in Zukunft existierende Rechtssubjekt; denn nicht jene, sondern lediglich dieses ist das Subjekt der durch den Pfleger zu wahrenden künftigen Rechte."

8. Auch Biermann[2]) leugnet das Vorhandensein von Rechten: „Man mag das subjektive Recht definieren, wie man will, immer wird man die Möglichkeit subjektloser Rechte leugnen müssen. Fasst man es als eine rechtliche Macht auf, so setzt man damit einen Rechtsträger voraus. Denn eine Macht, die niemandem zusteht, ist undenkbar. Da wo gemeinhin oder von einzelnen subjektlose Rechte angenommen werden, sind entweder Rechtssubjekte vorhanden, — so ist es bei der juristischen Person — oder es sind überhaupt keine Rechte oder noch keine Rechte vorhanden, so verhält es sich z. B. mit den sog. Rechten des Embryos und noch nicht Erzeugter. Das, was hier vorliegt, sind rechtliche Bindungen, Auferlegung rechtlicher Pflichten, die Rechtsordnung erschöpft sich eben durchaus nicht in der Verleihung subjektiver Rechte. Fälle, in denen das Gesetz nur Rechtspflichten auferlegt, ohne zugleich subjektive Rechte zu gewähren, sind auch keineswegs selten."[3])

9. Nach Leske[4]) schützt das B. G. B. lediglich mögliche künftige privatrechtliche Interessen des nasciturus, er leugnet also das Vorhandensein von Rechten.

10. Enneccerus[5]) spricht von einer Fiktion im römischen Recht und im § 1923 B. G. B., jedoch sei diese Fiktion nur eine dogmatische — ebenso Dernburg:[6]) Der Satz: nasciturus pro jam nato habetur ist „nichts als dogmatische Fiktion, hereditas personam defuncti sustinet" — d. h. sie sei nicht vom Gesetz, sondern aus dem Streben nach dem Wesen des nasciturus ge-

---

[1]) S. 72.
[2]) § 32 Nr. 3.
[3]) Ebenso § 118 Nr. 3 a. a. O.
[4]) Leske S. 28.
[5]) I § 77.
[6]) Dernburg Pand. I § 50 Anm. 13.

schaffen, deshalb sei eine Nachprüfung des vom Gesetz wirklich gewollten angebracht.

11. Nach Stammler löst sich die Frage in der Weise, dass im Falle des nasciturus eine gegenwärtige subjektive Unbestimmtheit des Rechtssubjekts vorliegt.[1]) „In der jetzt gegebenen Lage — d. i. während der Daseinsdauer des nasciturus wird es häufig von vornherein klar sein, dass über das grade anzunehmende Subjekt eine Ungewissheit besteht, die durch die Unvollkommenheit des menschlichen Wissens erzeugt wird. In Wahrheit besteht in der besondern Rechtsfrage ein Rechtssubjekt, man kennt es blos nicht, und die Erkenntnis darüber, was im vorliegenden Falle als Rechtssubjekt bereits besteht, vermag erst später gewonnen zu werden.“ Also das Resultat ist: [2])Die Leibesfrucht ist noch nicht Rechtssubjekt, aber wenn hinterher ein rechtsfähiger Mensch geboren wird, so ist die Leibesfrucht bereits Rechtssubjekt gewesen, der Zwischenzustand ist der der subjektiven Ungewissheit d. h. objektiv, für den Sinn des das Recht ordnenden rechtlichen Willens war dies nicht ungewiss, wohl aber subjektiv für die Beteiligten. Deren vorläufige Nichtkenntnis ändert nichts an der Tatsache, dass der nasciturus Rechtssubjekt war.

Dies ist eine Folgerung seines Hauptsatzes: [3])„Der Begriff des Rechtssubjekts ist eine notwendige formale Bedingung für die wissenschaftliche Erfassung und Bestimmung von besonderem Rechtsinhalt, es ist sonach bei dem Festhalten dieses Zieles nicht angängig, ihn auch einmal gänzlich aus dem juristischen Denken wegzulassen und doch noch mit diesem in der Einheit der Rechtsbetrachtung zu verbleiben. Darum kann von einer objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjekts zwar für die Zukunft unter bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden, — für die Gegenwart aber vermag es nur eine subjektive Ungewissheit zu geben: Das schon vorhandene Bestehen eines Rechtssubjekts muss in jedem Falle als Sinn des massgeblichen rechtlichen Wollens angenommen werden, soll für dieses die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Einsicht bestehen.“

[1]) Stammler, Unbest. S. 14.
[2]) S. 17.
[3]) S. 21.

Zu b.

Soweit das Vorhandensein von Rechten überhaupt geleugnet wird, kommen die Autoren im Endresultat mit ihrem „möglicherweise in Zukunft existierenden Rechtssubjekt“ den bedingten Rechten nahe. Das gänzliche Leugnen eines Rechtssubjekts, das vom Gesetz angeordnete Dasein von Rechtspflichten ohne subjektive Rechte lehnt jede Untersuchung nach dem Wesen des nasciturus, der aber doch nicht weggeleugnet werden kann, ab.

Auch mit den bedingten Rechten kommt man nicht weiter.[1]) Bedingte Rechte in diesem Sinne sind wohl denkbar, aber auch sie setzen einen Rechtsträger voraus, dessen Rechtsnatur erklärt werden soll. Die Frage nach dem Subjekt dieser Rechte wird aber nicht dadurch beantwortet, dass man den objektiven Rechten eine nähere Bezeichnung gibt.

Darauf weist Oertmann a. a. O. mit Recht hin, er hält aber die Bedingung unter Verbesserung des gerügten aufrecht: Nach ihm sind nicht die objektiven Rechte als solche bedingt, diese sind vollständige, von der Rechtsordnung gewährleistete Rechte; die Bedingung liegt vielmehr im Rechtssubjekt, zu dem bereits der Grund gelegt ist, dessen Geburt aber noch die Zahl aller seiner Entstehungsmomente erfüllen soll. Warum sollte die Rechtsordnung nicht ein solches bedingtes Subjekt schützen? Diese Auffassung entspricht ja mehr der Logik als die übrigen; aber grade vom logischen Gesichtspunkt aus wieder muss sie abgelehnt werden.

Wenn der Ausgangspunkt, nur der Mensch könne Rechtsträger sein, auch hier noch richtig ist, so kann man auch dieser Deduktion nicht folgen. Offenbar ist der Mensch etwas, bei dem alle „Entstehungsmomente“ seines Daseins verwirklicht sind; etwas, bei dem nur ein Teil dieser Entstehungsmomente vorhanden ist, ist aber nicht Mensch, wenn auch die Hoffnung da ist, dass auch die andern sich verwirklichen. Solange aber nicht sämtliche verwirklicht sind, wäre der Schutz der verwirklichten Momente, da sie ein minus darstellen, gewaltsam;

[1]) So auch Oertmann S. 6.

betreffs der unverwirklichten würden wir aber wieder auf subjektlose Rechte kommen, die bereits oben abgelehnt sind.

Auch die von Oertmann angezogene Bedingtheit objektiver Rechte bestätigt dies. Möglich ist, dass noch nicht alle Tatbestandsmerkmale zur Entstehung eines objektiven Rechts gegeben sind (ungetrennte Früchte). Die Frucht hängt schon am Baum, sie hängt am Baum und wartet der Reife. Die Trennung ist das noch nicht verwirklichte Tatbestandsmerkmal zur Entstehung des Rechts. Bis zur Trennung ist aber noch kein Recht, auch kein bedingtes entstanden.

Auch Stammler geht davon aus, dass Rechtssubjekt ein Ding, ein etwas, „ein Wesen“ [1]) ist, nach dem man suchen [2]) muss, welches oft objektiv da ist, aber für die Beteiligten unsichtbar, unbestimmt ist. Der Ausgangspunkt hindert uns, wie wir sehen werden, ihm zu folgeu.

Abgesehen von diesem Dingbegriff des Rechtssubjektes ist auch das objektiv bestimmte Rechtssubjekt, der nasciturus, der doch portio mulieris ist, im Gegensatz stehend zu dem „Wesen“, das Subjekt sein soll.

B. Loslösung von den bisherigen Theorieen.

1. Planck, Zitelmann.

Der Ausgangspunkt für alle diese Theorieen, das Recht, beruhe auf dem ethischen Willen und damit dem des Menschen, ist zugleich ihr Hemmnis gewesen. Wir müssen, wenn wir dies ablehnen, untersuchen, was ist subjektives Recht? Und erst hieraus kann man die Frage abstrahieren: wer ist Rechtssubjekt? [3]) Planck [4]) sagt hierüber: „Der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne wird vom B. G. B. nicht definiert. Es handelt sich dabei um eine sehr bestrittene Frage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden muss. Ob man bei der Be-

[1]) S. 28.

[2]) vergl. vor allem seine Darstellung S. 38, wo St. unter Ablehnung subjektloser Rechte das Suchen nach dem Rechtssubjekt, dem Wesen, praktisch durchführt.

[3]) Binder Probl. S. 32.

[4]) Vorbemerkungen VI.

griffsbestimmung das Hauptgewicht auf die durch die Rechtsordnung verliehene Willensmacht legen will (Windscheid: Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht und Willensherrschaft) oder auf den Zweck des Rechts (v. Ihering: Recht ist rechtlich geschütztes Interesse) oder ob man beide Momente betonen will (Regelsberger: Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses) ist für das Verständnis des B. G. B. kaum von Bedeutung. Indem das B. G. B. ein Recht anerkennt, erkennt es auch an, dass ein Interesse vorliegt, das des rechtlichen Schutzes wert ist."

Inwieweit diesen hier kurz skizzierten Theorieen zu folgen ist, werden wir später sehen.

Näher geht Zitelmann auf den Kernpunkt ein, indem er auf den richtigen Weg hinweist:[1]) „Der Inhalt jedes subjektiven Rechts wird durch die einzelne positive Rechtsordnung, die es verleiht, bestimmt." [2])„Das subjektive Privatrecht ist vom Staate durch seine Rechtsordnung verliehen."

[3])„Wir sprechen rechtlich von Verpflichtungen gleichermassen, ob der Verpflichtete willensfähig ist oder nicht. Und doch kann daran auch m. E. kein Zweifel sein, dass der Befehl des Gesetzes an den Willensunfähigen nicht gerichtet oder doch nicht wahrer Befehl an ihn selbst sein kann. Der Begriffsinhalt, den wir bei Willensunfähigen mit dem Wort, sie seien verpflichtet, ausdrücken, ist vielmehr ein komplizierterer, der Ausdruck selbst nur eine bequeme Abkürzung. Der scheinbare Befehl an den Willensunfähigen ist zunächst ein Befehl an die willensfähige Person, die einem andern Rechtsbefehl gemäss verpflichtet ist, in Vertretung des Willensunfähigen zu handeln; dieser allgemeine Vertretungsbefehl wird durch jenen besondern Befehl nur mit konkretem Inhalt erfüllt. Zugleich ist mit dem Vertretungsbefehl auch gesagt, dass der Vertreter die Leistung jedenfalls zu Lasten des Vermögens des Willensunfähigen machen dürfe. Endlich liegt in dem sogenannten Befehl an den Willensunfähigen noch die Anordnung, dass Selbsthilfe und Staatshilfe zur

[1]) S. 43.
[2]) S. 56.
[3]) S. 47 Anm. 8.

Herbeiführung des durch die Leistung bezweckten Erfolgs gradeso zulässig sein sollen, wie bei Befehlen an Willensfähige. Ebenso ist es näherer Analyse bedürftig, wenn wir von Erlaubnissen an Willensunfähige sprechen. Auch hier ist einmal an Vertretung zu denken; im übrigen bleiben die Verbote an dritte Personen, die mit der Erlaubnis verbunden sind, bestehen, und ebenso ist die Staatshilfe zur Durchsetzung dieser Verbote verheissen, grade wie wenn die Erlaubnis an einen Willensfähigen gerichtet wäre. Ich bin demnach allerdings der Meinung, dass das, was man bei Willensunfähigen Eigentum, Forderungsrecht, Verpflichtung u. s. w. nennt, inhaltlich von dem, was bei Willensfähigen so heisst, verschieden ist. Für juristische Personen liegt die Sache ganz analog, und ich möchte hier nur andeuten, dass das sogenannte Problem der juristischen Person" — was hier auch analog für den nasciturus gilt —, „was die technisch-juristische Konstruktion anbetrifft, nur auf diesem Wege, soviel ich jetzt sehe, lösbar ist."

Abweichend von den andern Theorieen hören wir hier zum ersten Male von dem „allgemeinen Vertretungsbefehl", der durch den Befehl oder die Erlaubnis, soweit sie an Willensunfähige gerichtet sind, mit konkretem Geist erfüllt wird, dass also die Vertretung, die Verfügungsfähigkeit über Rechte sehr wohl in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden kann und muss bei der Untersuchung des technisch-juristischen Problems willensunfähiger Nichtmenschen, dass der Vertreter oder Verwalter eine wichtige Rolle bei der Rechtsbeziehung zu den objektiven Rechten spielt.

Bei der folgenden Untersuchung schliesse ich mich in der Hauptsache der Einteilung und dem philosophisch rechtlichen Gedankengang Binders in seinem neuesten Werk an, das in dieser Hinsicht überzeugend deduziert:

2. Begriff des subjektiven Rechts.

In der Meinung, der Inhalt und das Wesen des Rechts liege im Willen, liegt teilweise etwas richtiges; aber dieser Wille allein macht das Wesen nicht aus. Zum Willen gehört auch die Möglichkeit der Durchführung desselben; diese wird von der Rechtsordnung

gewährleistet. Richtiger ist also zu sagen, zum Wesen des Rechts gehört das Wollendürfen und das Wollenkönnen, die Willensmacht.

[1])Hiermit zusammen hängt es, dass die Rechtsordnung diese Willensmacht nur gibt, wo ein Interesse vorhanden ist. Wir finden also, dass dieses neben der Willensmacht notwendig das Wesen des Rechts ausmacht. Die Fäden, die vom Interesse und von der Willensmacht auslaufen, vereinen sich im Normalfall in einem Zentrum, dem Menschen, in vielen andern Fällen laufen sie verschieden aus; den Menschen nennen wir im ersten Falle Rechtssubjekt und zwar wegen der oben erwähnten Zentraleigenschaft; in den andern Fällen ist dies nicht möglich; denn wenn man den Geniesser oder den Verfüger als Rechtssubjekt bezeichnete, hätte man als Träger des Rechts den einen o d e r den andern bezeichnet, also z. B. man hätte den Geniesser zum Träger des Rechts gemacht, zum Inhaber des Geniessens und Wollendürfens, ein Widerspruch in sich selbst. Beides gehört zum Recht, beides auch zum Rechtssubjekt, das Schicksal von Recht und Rechtssubjekt ist untrennbar.

Diese Auffassung widerspricht der alten Meinung, dass Rechtssubjekt nur der Mensch, das sich immer gleichbleibende Rechtssubjekt sein könne; wir finden hier ein Rechtssubjekt im Gegensatz zum Menschen. Man kann also nicht mehr mit dem Rechtssubjekt als konstanten Begriff rechnen und, da das Schicksal von Recht und Rechtssubjekt untrennbar ist, entfällt auch für das Recht selbst die bisherige Behandlung als konstanter Begriff. Deshalb müssen sich die beiden beim Rechtssubjekt vorgefundenen Funktionen auch beim Recht selbst vorfinden. Weil sie hierzu im Widerspruch steht, kommen wir dazu, mit der Meinung, dass das subjektive Recht jedem Menschen, nur dem Menschen und jedem Menschen in gleicher Weise zustehe, zu brechen.

3. Begriff des Rechtssubjekts.[2])

Bei dem Wollenkönnen in obiger Definition handelt es sich nicht um den ethischen Willen wie bei Savigny,

[1]) Binder S. 40 fg.
[2]) „ S. 42 fg.

denn das Recht ist nun einmal nicht der sittlichen Persönlichkeit des Menschen wegen da; bei einer auf sich allein gestellten Person, der trotz ihres Alleinseins sittliche Persönlichkeit innewohnt, ist doch Recht nicht denkbar; Recht ist erst denkbar bei Beziehungen mehrerer Individuen, bei der Gesellschaft, weshalb wir auch von Rechtsbeziehungen reden.

Auch um den psychologischen Willen kann es sich dabei nicht handeln; denn wir abstrahieren das Wollenkönnen, die Handelsmacht aus der Rechtsordnung; dieser juristische Wille ist vorhanden, wenn von der Rechtsordnung geschützt, jener, wenn seine natürliche Grundlage, das Individuum vorhanden ist.

Der ethische und psychologische Wille setzt einen Menschen voraus, der juristische nach der bisherigen Begriffsbestimmung nicht notwendig, obwohl auch hier im Normalfall der Mensch zu diesem Willen in Beziehung stehen wird; immerhin ist auch dieser Normalfall ein Fall aller denkbaren Fälle.

Auf der Suche nach dem Rechtssubjekt, nach dem etwas, dem greifbaren Ding, dem Träger des Rechts, der zur Sache gestempelten Rechtsbeziehung, musste man mit Notwendigkeit auf den Menschen kommen. Dass das Rechtssubjekt ein etwas sei, das das Recht trägt, ein Ding, das setzte man als selbstverständlich voraus. Und doch ist es nicht so. Wir sagten, die Rechtsordnung regele die Beziehungen der Gesellschaftsglieder zu einander und sie gäbe das juristische Handelnkönnen bei schutzbedürftigem Interesse, dann sei subjektives Recht entstanden d. h. also subjektives Recht ist selbst diese Beziehung und auch das Wollenkönnen ist nur eine Beziehung. Nichts zwingt aber dazu, den Schritt in das Reich des Irrealen zu machen und uns als Knotenpunkt am Ende dieser Beziehungen ein Ding vorzustellen, welches die Eigenschaft hat, die Fähigkeit des Rechtssubjektseins von sich zu abstrahieren — dies wäre der Schritt vom Wissen zum Glauben — sondern wir bleiben bei dem, was wir sehen und erkennen; entsprechend dem von der Rechtsordnung verliehenen Wollenkönnen ist Rechtssubjektsein dasselbe wie die Fähigkeit, diese von der Rechtsordnung ausgehenden Be-

ziehungen aufnehmen zu können, die Macht, in dieser Beziehung stehen zu können, wie denn die Rechtsordnung überhaupt nie sich mit Dingen beschäftigt, sondern nur mit Beziehungen zwischen Person und Person oder zwischen Person und Sachen d. h. nur mit Relationen.[1]) Die nähere Bestimmung dieser Rechtsbeziehungen für den Einzelfall bleibt natürlich folgerichtig von der Rechtsordnung selbst abhängig, insonderheit auch die Bestimmung, wer in solcher Rechtsbeziehung stehen soll, vorausgesetzt, dass eine solche überhaupt denkbar ist; denn eine undenkbare Rechtsbeziehung kann auch nicht künstlich von der Rechtsordnung gestaltet werden.

4. Die juristische Persönlichkeit des Menschen.

$\frac{\text{Wer}}{\text{Was}}$ ist nun fähig, die juristische Willensmacht zu haben?

In verschiedenen Stadien und Lagen des menschlichen Lebens gibt die Rechtsordnung dem Menschen mehr oder weniger Rechtsfähigkeit d. h. Fähigkeit zur Machtbetätigung — Rechtsausübung. Eine Parallele hierzu ist die Handlungsfähigkeit, die Fähigkeit zur Betätigung von Rechtsgeschäften, beide jedoch andern Ursprungs, die Rechtsfähigkeit, gegeben zwecks Betätigung des juristischen Willens, die Handlungsfähigkeit zwecks Abschluss von Rechtsgeschäften mittels des psychologischen Willens; im Gegensatz zum Einzelmenschen sind Personenmehrheiten an sich und in vielen Fällen auch nach der Rechtsordnung des juristischen Willens fähig, nicht aber des psychologischen, der seinerseits nur dem Individuum zukommen kann.

Dass auch die Rechtsfähigkeit in dem oben angedeuteten Sinne keine konstante Grösse, wie man sonst im Gegensatz zur Handlungsfähigkeit beim Menschen allgemeine annimmt, ist, beweist ein Blick auf das Wesen der Vertretung und den bedeutsamen Unterschied zwischen gewillkürter und gesetzlicher Vertretung. Denn während bei der gewillkürten Vertretung der Vertretene stets der Geschäftsherr bleibt, steht bei der gesetzlichen Vertretung der Vertreter selbst in einer Rechtssubjektsbeziehung und

[1]) Binder S. 48.

zwar soweit es dem Vertretenen kraft Anordnung der Rechtsordnung genommen wird. Der Vertretene selbst ist insoweit beschränkt;[1]) die Macht des Vertreters kann sich gegebenen Falls gegen den Vertretenen richten; sie ist Beschränkung oder gar Vernichtung der juristischen Persönlichkeit, der juristischen Willensmacht des Vertretenen.[2]) Wir kommen also dahin, dass der Vormund zwar im Interesse des Mündels tätig ist, dass er aber eigne Rechte ausübt, wenn er kraft der öffentlichen Rechtsordnung in die von dieser im Interesse des Mündels gegebenen Rechtsbeziehungen eintritt und juristisch willenstätig wird da, wo dem Mündel selbst eine solche Betätigung juristischen Willens von der Rechtsordnung nicht gegeben ist. Natürlich gilt alles das nur, wenn dem Vertreter die juristische Willensmacht von der Rechtsordnung, nicht von dem Rechtsfähigen selbst gegeben ist, wie oben bereits ausgeführt.

Wenn diese Auffassung, dass es sich bei der gesetzlichen Vertretung um eigne Rechte des Vertreters handele, angesichts der modernen Praxis gekünstelt erscheint, so weist Binder[3]) mit Recht auf das germanische und ältere römische Recht hin, das eine Vertretung des Berechtigten überhaupt nicht kannte und eine Vertretung nur insofern zuliess, als damit eine Vernichtung der Rechtspersönlichkeit des Vertretenen verbunden war; der Vater, der Vormund klagten im eignen Namen: nemo alieno nomine lege agere potest.

Auch im modernen Recht kommen sonst noch solche Erscheinungen vor. Das Recht dessen, der die Vollziehung einer Auflage fordern kann, ist eine solche amtliche Berechtigung, und vor allem beruht die Treuhand des deutschen und die trustee des englischen Rechts auf diesem Gesichtspunkt.

Hierbei[4]) darf man nicht ohne weiteres soweit gehen, diese Rechte als Eigentum, Gläubigerrechte und ähnliche zu bezeichnen. Solche Bezeichnungen hat die Rechtsordnung speziell für den Normalfall, dass der Mensch seiner selbst willen Rechtssubjekt ist, gegeben;

[1]) Binder S. 55 fg.
[2]) a. a. O. S. 56.
[3]) S. 67.
[4]) S. 70.

es liegt allerdings kein Grund vor, weshalb man diese Ausdrücke nicht auf die dem Normalfall gleichstehende Fälle ausdehnen sollte; nur ist dies bis jetzt nicht geschehen; wer es tun will, müsste das des Verständnisses wegen sagen. Es beweist dies aber, dass die Bezeichnung Eigentum pp. rein etwas äusserliches ist, was das innere Wesen dieser Rechte keineswegs beeinflusst. In diesem wie in jenem Falle liegt rechtliche Befangenheit vor, wie man diese auch nennen will, Relation zum variablen Rechtssubjekt, das selbst wieder Relation, keine konstante, kein Ding ist.

5. Resultat für den nasciturus.

Das Resultat dieser Untersuchungen ist leicht auf die Verhältnisse um den nasciturus, die portio mulieris, zu übertragen und zu verwerten. Dieser ist und bleibt portio mulieris; ihn zum gewordenen Menschen zu fingieren, oder gar ein Vermögen zu personifizieren, bleibt unwahr und verschleiert nur das wahre Bild; denn der Mensch kann Relation sein und ist es, nicht aber die Fiktion, ein nur gedachtes Nichts.

Man könnte versucht sein, eine nach Art der Erbengemeinschaft konstruierte Relation zwischen dem Pfleger und dem konkurrierenden Erben als Rechtssubjekt anzusehen — ich spreche hier natürlich nicht von dem Falle, in dem der nasciturus selbst zu einer Erbengemeinschaft im gewöhnlichen Sinne gehört, bei der also einer den andern nicht ausschliesst, sondern bei der die Rechtsbeziehungen zwischen Pfleger und Gemeinschaftsgenossen sich auf der Basis der Gleichberechtigung aufbaut —; denn man könnte sich wohl eine Relation als Rechtssubjekt denken, bei der diese Gleichberechtigung nicht vorhanden ist, die ja zum Wesen der Relation nicht notwendiges Begriffsmoment ist, bei der zunächst allein der Pfleger die juristische Verfügungsmacht hat, also die Rechtsfähigkeit, diese aber, die ja keine konstante Grösse ist, eingeschränkt ist durch Verfügungsbeschränkungen, nämlich durch eine teilweise Verfügungsmacht des Erben. Und wie bei der Erbengemeinschaft[1]) sowohl der Ge-

[1]) S. 84/5.

samthänder „Subjekt des Rechts ist, gemeinsam mit dem andern zu verfügen“ als auch die Gesamthänderschaft, dieses Nichtding, die Relation, Subjekt der Rechtsmacht, Subjekt der Rechtsrelationen, beides jedoch kollektiv, nicht im sachlichen Gegensatz zu einander, so könnte man auch den durch die Verfügungsmacht des Erben beschränkten Pfleger, umgekehrt auch den Erben, und die Relation zwischen beiden als Rechtssubjekt ansehen.

Wir können jedoch soweit nicht gehen und zwar deshalb, weil die Relation, die wir konstruierten, garnicht besteht. Wir hörten oben, dass zum Rechtssubjektseinkönnen, nicht nur die Möglichkeit gehört, in einer Rechtssubjektsrelation stehen zu können, sondern dass hierzu ferner gehört, dass das positive Recht diese Möglichkeit zur Wahrheit gemacht hat; dies ist aber hier nicht der Fall. Eine gesetzliche Relation zwischen Pfleger und Erben besteht während des Daseins des nasciturus nicht, eine solche entsteht erst mit dessen Ende; andrerseits berührten die mit dessen Ende entstehenden Beziehungen diese Frage nicht mehr.

Wir kommen damit zu dem Resultat, dass der Pfleger allein Rechtssubjektseigenschaft hat. Dass[1]) dem Pfleger eine juristische Willensmacht nicht um seiner selbst, sondern um eines ausserhalb seiner Interessen liegenden Zweckes willen zukommt, ist das Hindernis bisher gewesen, dass diese Konsequenzen nicht sogleich gezogen wurden, worauf Zitelmann schon hindeutete. Aber wie wir gesehen haben, ergibt sich dieses Hindernis weder aus der Begriffsentwicklung des subjektiven Rechts noch des Rechtssubjekts: Die Aufgabe dieses Dingbegriffs beim Rechtssubjekt überhebt uns der Aufgabe, nach diesem Ding zu suchen, und bei Erkenntnis der Vergeblichkeit dieses Beginnens aus einem Nichts (dem nasciturus) oder aus unrealem (Vermögen, Zwecken) ein Ding zu fingieren. Dass dem Amtsinhaber dieser Wille vom positiven Recht, nicht durch Rechtsgeschäft erworben, gegeben ist, liegt völlig in den Grenzen unsrer Begriffsbestimmung, und hieraus ist auch die Einschränkung, die zu machen das Recht natürlich immer fähig ist, dass er die ihm verliehene Macht in der sich aus dem Zweck

[1]) Binder S. 132.

selbst ergebenden Weise zu betätigen hat, dass diese Betätigung nicht allgemein in jeder Rechtsrelation, sondern nur in positiv vom Gesetz bestimmten Beziehungen zu erfolgen hat. Diese gesetzliche Einschränkung geht aber noch weiter; sie ist auch zeitlich; denn die Verwaltung ist nur vorübergehend. Mit der Bestellung des Pflegers sind diesem die Rechte als amtliche Rechte entstanden; während dieselben Rechte dem Erben als private entstehen, wie die des Pflegers, jedoch auf rekonstruktivem Wege.

Wir gingen bei dieser Untersuchung von der gewillkürten und nicht gewillkürten Vertretung aus; es ist bei der nicht gewillkürten Vertretung, der, wie wir fanden, amtlichen Macht, die Frage aufgeworfen worden, ob die Vertretung hier auf Vertretung einer Person oder von Sachen — Personal oder Realkuratel — hinausläuft. Eine Antwort für unsern Fall ist nach dem Ergebnis nicht zu geben, weil schon die Fragestellung den Resultaten des behandelten Stoffes widerspricht. Denn der „Vertreter" vertritt garnicht im landläufigen Sinne, er übt vielmehr eigne Macht aus, die mit der gewöhnlichen Vertretung nur das nicht eigne Interesse gemeinsam hat, im übrigen aber davon grundverschieden ist. Die Frage geht wieder vom Dingbegriff des Rechtssubjekts aus, wobei die Vertretung lediglich ein Ausfluss der konkreten subjektiven Berechtigung ist, sie ist also nach unsrer Theorie ein Widerspruch in sich selbst.

Anhang: Aehnliches Resultat bei Hölder.

Zu ähnlichem Resultat kommt auch bereits Hölder, wenn auch von ganz andrer Grundlage ausgehend: Selbstbewusstsein und Persönlichkeit hat nur der Mensch, und zwar je mehr der Mensch entwickelt ist, um so mehr Persönlichkeit hat er auch,[1]) um so mehr Handlungsfähigkeit. Der Mensch kann aber auch sein Objekt fremder Macht und Sorge,[2]) nämlich wenn er einen Vertreter hat. Falsch ist es zu sagen, der Geisteskranke habe von seinem Recht nichts eingebüsst; denn dessen

[1]) Hölder, Nat. u. jur. Pers. S. 116.
[2]) a. a. O. S. 130.

Persönlichkeit „ruht“,[1]) dessen Rechte sind die Rechte seines Vertreters geworden, aber nicht des Vertreters in seiner privaten Stellung sondern in amtlicher Macht; das Amt ist vom Staate, also von der Rechtsordnung gegeben, also öffentlichrechtlicher Natur. Der Beamte steht im Dienste des Vertretenen, aber nicht als solcher, von dem er seine Macht hat, sondern in deren eignem Interesse er die Macht auch über den Vertretenen hat.[2]) Die für den nasciturus gesetzte Verwaltung ist eine interimistische. Im Gegensatz zur privatrechtlichen Stellvertretung[3]) ist für die amtliche Stellvertretung „die Existenz einer bestimmten durch den Vertreter vertretenen Person nicht erforderlich,“ eben weil es Amt und Amtshandlung ist, das amtliche Organ aber Vertreter mit eigner Willensmacht ist.[4]) [5]) „Dasselbe, wie vom gesetzlichen Vertreter eines schon geborenen gilt aber in dieser Beziehung vom Pfleger eines erst erzeugten Menschen,“ [6]) mit dem einzigen Unterschied, dass das Objekt amtlicher Fürsorge, wenn es ein nasciturus war und dieser nicht Mensch wird „keine rechtliche Spur seines nur embryonalen Lebens hinterlässt.“

Diese Macht hat der Vertreter zwar als die seinige, aber er hat sie „als Mittel einer über die Förderung seines individuellen Lebens hinausgehenden Lebensförderung.“ [7])

[8])„Jeder amtliche Vertreter eines Vermögens ist innerhalb seiner Zuständigkeit ein gesetzlicher Vertreter der Menschen, um deren willen er existiert. Dass die Eigenschaft eines solchen nicht eines bestimmten Vertretenen fordert, zeigt § 1913 B. G. B., wonach für eine bestimmte Angelegenheit dem unbekannten oder ungewissen Menschen, dessen Angelegenheit sie ist, ein Pfleger bestellt werden kann.“

---

[1]) S. 136.
[2]) S. 239/40.
[3]) S. 105.
[4]) I § 3.
[5]) ebenso S. 319.
[6]) S. 128.
[7]) S. 205/06.
[8]) S. 317.

Auch Hölder kommt also, wenn auch auf ganz anderem Wege, zur Ablehnung von Fiktion[1]) und fiktionsähnlichen Gebilden, er kommt zum amtlichen Rechtssubjekt; und nur in diesem Sinne will er die Bezeichnung „juristische Person“ für das interimistische Amtsvermögen des nasciturus zulassen,[2]) juristische Person, die weder selbstständig noch unselbstständige Person ist, sondern ein Rechtsverhältnis, und zwar teils Innen- teils amtliche Ausserrelation, genau unsrer Definition des Rechtssubjekts entsprechend.[3])

---

[1]) S. 332/4.
[2]) S. 328/7.
[3]) S. 340/1.